

**ANALISIS YURIDIS MENGENAI KEABASAHAN HAK TANGGUNGAN
TERHADAP PERJANJIAN MUDHARABAH**

TESIS



OLEH:

MOHAMMAD PRADHIPTA ERFANDHIARTA, S.H.

NO. POKOK MHS. : 15912034

BKU : AGRARIA

**PROGRAM MAGISTER ILMU HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA FAKULTAS HUKUM**

UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

(2020)



**ANALISIS YURIDIS MENGENAI KEABASAHAN HAK TANGGUNGAN
TERHADAP PERJANJIAN MUDHARABA**

OLEH :

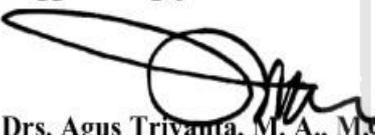
Nama Mahasiswa : Mohammad Pradhipta Erfandhiarta, S. H.
No. Pokok Mahasiswa : 15912034
BKU : AGRARIA

**Telah diujikan di Hadapan Tim Penguji dalam Ujian Akhir/ Tesis
dan dinyatakan LULUS pada Rabu, 16 Oktober 2019
Program Studi Hukum Program Magister**

Pembimbing


Dr. Winahyu Erwiningsih, S. H., M. Hum. Yogyakarta, 21 September 2020

Anggota Penguji

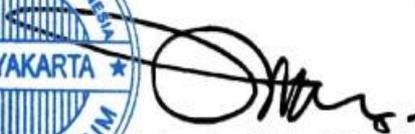

Drs. Agus Triyanta, M. A., M.H., Ph. D. Yogyakarta, 21 September 2020
Anggota Penguji


Dr. H. Anunur Rahim Faqih, S. H., M. Hum. Yogyakarta, 21 September 2020

Mengetahui

Ketua Program Studi Hukum Program Magister
Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia




Drs. Agus Triyanta, M.A., M.H., Ph.D

SURAT PERNYATAAN
ORISINALITAS KARYA TULIS ILMIAH BERUPA TESIS
PASCASARJANA HUKUM UNIVERSITAS ISLAM INDONESIA

Bissmillahirrahmannirrahiem

Yang bertanda tangan dibawah ini, saya:

N a m a : MOHAMMAD PRADHIPTA ERFANDHIARTA, S. H.
No. Mhs : 15912034
BKU : Agraria
Angkatan : XXXIV
Judul Tesis : ANALISIS YURIDIS MENGENAI KEABASAAN HAK
TANGGUNGAN TERHADAP PERJANJIAN MUDHARABAH

Menyatakan dengan sebenarnya bahwa Tesis tersebut adalah benar-benar merupakan karya saya sendiri dan bukan merupakan pengambil alihan karya tulisan orang lain.

Apabila dikemudian hari terbukti atau dapat dibuktikan bahwa tesis ini merupakan pengambil alihan hasil karya orang lain, saya bersedia menerima sanksi menurut ketentuan yang berlaku atas perbuatan tersebut.

Dibuat di : Ponorogo

Pada tanggal : 27 Mei 2020

Yang membuat pernyataan



M. PRADHIPTA E, S. H.

Abstract

Mudharabah is one of the products of sharia banking which in implementing the contract, it is obligatory to apply the precautionary principle as mandated by the law. One of the implementation forms of its principle is by implementing 5C provisions that contain collateral or assurance.

This research aims to analyze the validity guarantee toward mudharabah contract because, in principle, mudharabah contract is a mandate contract that does not require the assurance. The method of this research used juridical normative to find out the guarantee concept in mudharabah as the Islamic law especially on Mortgage Rights toward Mudharabah contract in terms of Islamic and Positive laws. Therefore, by assigning the guarantee of Mortgage Rights at Mudharabah contract does not influence the validity of mudharabah contract

Keywords: Mudharabah, Sharia banking, Mortgage Rights, Muamalah, Islamic banking.

Keyword :Mudharabah, Perbankan syari'ah, HakTanggung, Muamalah, Bank Syari'ah



Abstrak

Mudharabah merupakan salah satu produk perbankan syari'ah yang dalam pelaksanaan akadnya, wajib untuk menerapkan prinsip kehati-hatian sebagai amanat Undang-undang. Salah satu bentuk pelaksanaan prinsip kehati-hatian tersebut adalah penerapan ketentuan 5C yang didalamnya terdapat unsure *collateral* atau jaminan.

Penelitian ini bertujuan untuk menganalisa keabsahan jaminan terhadap akad mudharabah, karena pada prinsipnya akad mudharabah merupakan akad amanah yang tidak memerlukan jaminan. Penelitian menggunakan metode penelitian yuridis normative untuk mengetahui konsep jaminan dalam mudharabah sesuai hukum islam khususnya mengenai posisi Hak Tanggungan terhadap akad mudharabah ditinjau dari Hukum Islam maupun Hukum Positif. Sehingga dengan diletakkannya jaminan Hak Tanggungan pada Akad Mudharabah tidak akan berpengaruh terhadap keabsahan akad mudharabah.

Kata Kunci :Mudharabah, Perbankan syari'ah, HakTanggungan, Muamalah, Bank Syari'ah



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Indonesia merupakan negara muslim terbesar di dunia¹. Dari total jumlah penduduk sekitar 258,7 juta jiwa, sekitar 209 juta jiwa adalah pemeluk agama islam². Besarnya jumlah penduduk muslim di Indonesia memaksa pemerintah harus berperan aktif mengikuti dinamika kebutuhan masyarakat baik dari segi spiritual maupun bermasyarakat. Termasuk dalam sektor ekonomi khususnya perbankan.

Meningkatnya kesadaran umat islam di Indonesia untuk lebih *kaffah*³ dalam memeluk agama islam dan melaksanakan perintah syariatnya, maka pemerintah juga dituntut untuk memenuhi kebutuhan akan perbankan dengan prinsip syariah yang memberikan kepastian hukum baik dari sisi hukum positif maupun dari sisi syariat islam. Setelah sekian lama umat islam terbiasa dengan pelayanan bank konvensional yang berbasis bunga, dibutuhkan kerja keras untuk mewujudkan alternatif yang bebas bunga yaitu dengan mengembangkan perbankan syariah.

Bank syariah menurut Dewan Syariah Nasional adalah lembaga keuangan yang mengeluarkan produk keuangan syariah dan yang mendapat izin operasional sebagai lembaga keuangan syariah.⁴ Sehingga dari definisi tersebut, terdapat dua unsur yang harus dipenuhi oleh bank syariah sebagai badan usaha yang masuk kedalam lingkup lembaga keuangan syariah yaitu unsur kesesuaian dengan syariat islam dan unsur legalitas operasional sebagai

¹Hasil laporan *pew research* pada tahun 2010 dikutip dari artikel “Benarkah RI Negara dengan Penduduk Muslim Terbesar Dunia?” dari halaman www.tirto.id

²Riset Badan Pusat Statistik pada tahun 2016 dikutip dari halaman www.tirto.id

³Menurut bahasa berarti keseluruhan, tidak setengah-setengah.

⁴ Made Warka dan Erie hariyanto, Kedudukan Bank Syariah Dalam Sistem Perbankan di Indonesia, *Iqtishadia (jurnal ekonomi dan perbankan syariah)*, vol 3 no. 2 Desember 2016 hlm 236.

lembaga keuangan. Prinsip syariah yang dimaksud adalah prinsip syariah dengan berpedoman pada Al-qur'an dan hadits,⁵ serta bersumber juga pada *ijmak* dan *qiyas*.⁶

Pada tahun 1992, melalui Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan, Pemerintah telah mengakomodir kebutuhan masyarakat Indonesia terkait perbankan syariah dengan memprakarsai berdirinya Bank Syariah pertama di Indonesia yaitu Bank Muamalat Indonesia.

Bank Muamalat Indonesia adalah bank yang menjalankan usahanya berdasarkan prinsip pembagian hasil atau keuntungan⁷, dimana prinsip tersebut merupakan prinsip dasar perbankan syariah. Seiring berjalannya waktu, pemerintah melakukan perubahan terkait dasar hukum perbankan syariah yaitu dari Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan menjadi Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan dan terakhir adalah Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah sudah lebih lengkap mengatur mengenai tata kelola, prinsip kehati-hatian, manajemen resiko, penyelesaian sengketa, otoritas fatwa dan komite perbankan syariah serta pembinaan dan pengawasan perbankan syariah.⁸

Bank syariah memiliki kegiatan utama berupa penghimpunan dana dari masyarakat melalui simpanan dalam bentuk giro, tabungan dan deposito yang menggunakan prinsip *wadi'ah dlamamah* (titipan) dan *mudharabah* (investasi bagi hasil) kemudian menyalurkan kembali dana tersebut kepada masyarakat umum dalam berbagai bentuk skim seperti jual beli/ *al ba'I* (*murabahah*, *salam* dan *istishna*) sewa (*ijarah*) dan bagi hasil (*musyarakah* dan

⁵ *Ibid.*

⁶ Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, UII Press Yogyakarta, edisi revisi, Agustus 2000, hlm. 3.

⁷ Pasal 6 huruf m Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan

⁸ BAB VI Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

mudharabah) serta produk pelengkap yakni *fee based service* seperti *hiwalah* (alih piutang) *rahn* (gadai) *qard* (utang piutang), *wakalah* (perwakilan, *agency*) *kafalah* (garansi bank).⁹

Lahirnya Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah sebagai dasar hukum perbankan syari'ah yang terpisah dari dasar hukum Perbankan Konvensional diharapkan dapat menjamin kemurnian prinsip syari'ah, namun, masih ada pihak yang menyangsikan kemurnian prinsip syari'ah pada perbankan syari'ah. Masyarakat menganggap bahwa Bank Syari'ah dan Bank Konvensional adalah dua hal yang sama.¹⁰

Salah satu praktek pada perbankan syari'ah yang dipertanyakan kemurniannya adalah adanya jaminan pada akad *mudharabah*.

Mudharabah berasal dari kata *dharab*, yang berarti berjalan atau memukul. Secara teknis, *al mudharabah* adalah kerjasama usaha antara dua orang dimana pihak pertama (*shohibul maal*) menyediakan seluruh modal, sedangkan pihak lainnya menjadi pengelola.¹¹

Mudharabah adalah kontrak antara dua pihak dimana satu pihak disebut *rab al-mal* (investor) mempercayakan uang kepada pihak kedua, yang disebut *mudharib*, untuk tujuan menjalankan usaha dagang.¹² Bank syariah tidak akan memberi pinjaman pada perusahaan-perusahaan yang baru saja menanamkan modalnya sendiri pada usaha-usaha mereka.¹³ Banyak definisi *Mudharabah* dengan redaksional berbeda namun secara substansi tetap sama yang pada intinya yaitu perjanjian kemitraan atau kerjasama antara pemilik modal (*shahibul maal*) dan pengelola modal (*mudharib*) dengan pembagian keuntungan yang disepakati bersama, sedangkan kerugian finansial ditanggung oleh pemilik modal. Pengelola

⁹ Widjanarto, *Hukum dan Ketentuan Perbankan di Indonesia*, Jakarta, Pustaka Utama Grafiti, 2003.

¹⁰ Salah satu bukti bahwa banyak yang menyangsikan kemurnian prinsip syari'ah pada perbankan syari'ah adalah banyaknya buku yang mengkritisi praktek perbankan syari'ah di Indonesia. contohnya antara lain adalah *Tidak Islamnya Bank Islam* karya Abdur Razzaq Lubis, *Tidak Syariahnya Bank Syari'ah* Karya Zaim Saidi, *Raport Merah Bank Syari'ah* karya KH. Drs. Hafidz Abdurrahman, MA, *Awas Riba Terselubung* karya Dwi Suwiknyo, *Bank Tetap Haram (kritik kapitalisme, sosialisme dan perbankan syari'ah)* karya Umar Vadilo.

¹¹ Erni Susana dan Annisa Prasetyanti, Pelaksanaan dan Sistem Bagi Hasil Pembiayaan *al mudharabah* pada Bank Syariah, *Jurnal Keuangan dan Perbankan*, PERBANKAN, vol 15 No. 3, September 2011.

¹² Sayyid Sabiq. *Fiqh al-Sunnah, Juz II*. Beirut: Dar al-Kitab al-Arabiyyah dikutip dari Jurnal Equilibrium Vol. 1, No. 2, Desember 2013 hlm. 303.

¹³ Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.

modal tidak menanggung risiko financial karena dia telah menanggung kerugian lain yaitu berupa tenaga dan waktu (*nonfinancial*), kecuali kalau kerugian tersebut terjadi akibat kecurangan pengelola.¹⁴

Mudharabah merupakan akad amanah atau kepercayaan,¹⁵ yang artinya secara umum keduanya sama-sama bergantung pada kepercayaan, disatu sisi masyarakat percaya bahwa bank syariah maupun sistem perbankan syariahnya sudah memenuhi ketentuan syariah, disisi lain perbankan juga harus menjaga kepercayaan dari masyarakat yang memberikan perlindungan hukum terhadap kepentingan masyarakat, terutama kepentingan nasabah dari bank yang bersangkutan.¹⁶ Dengan demikian, logikanya, tidak diperlukan lagi adanya jaminan pada akad *mudharabah* jika akad tersebut didasarkan pada asas kepercayaan, namun pada perbankan syaria'ah di Indonesia, tetap diperlukan jaminan.

Di dalam konsep perbankan syaria'ah, sebenarnya tidak boleh ada jaminan, namun dalam prakteknya, lazim ditemui debitur yang diberikan kewajiban untuk memberikan jaminan kepada kreditur meskipun akadnya adalah *mudharabah* guna menjamin *mudharib* tidak melakukan penyimpangan terhadap akad *mudharabah*.¹⁷

Dasar dibolehkannya jaminan dalam akad *mudharabah* pada praktek perbankan syaria'ah di Indonesia adalah adanya fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan *mudharabah* (*qiradh*) pertama tentang ketentuan pembiayaan nomor 7 berbunyi pada prinsipnya, dalam pembiayaan *mudharabah* tidak ada jaminan, namun agar *mudharib* tidak melakukan penyimpangan, LKS (Lembaga Keuangan Syariah) dapat meminta jaminan dari *mudharib*

¹⁴ Mahmudatus Sa'diyah dan Meuthiya Athifa Arifin, *Mudharabah Dalam Fiqh dan Perbankan Syari'ah*, *Jurnal Equilibrium*, Vol. 1, No. 2, Desember 2013.

¹⁵ Ah. Azharuddin Lathil, Dosen Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, Jakarta, *Penerapan Hukum Jaminan Dalam Pembiayaan di Perbankan syariah*.

¹⁶ Hermansyah, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Jakarta, Kencana, 2009

¹⁷ Muhammad Ananda Salahuddin Al Ayyubi Basmalah, *Analisis Yuridis Kedudukan Jaminan Hak Tanggungan dalam Perspektif Bisnis Syariah*, Tesis, UIN Sunan Kalijaga, 2014.

atau pihak ketiga. Jaminan ini dapat dicairkan apabila *mudharib* terbukti melanggar akad *mudharabah*.

Secara umum, konsep jaminan dalam hukum islam dikenal dua jenis jaminan, yaitu jaminan perseorangan atau *kafalah* dan jaminan berupa harta benda.

Jaminan perseorangan atau *kafalah* menurut etimologi berarti *al dhamanah*, *hamalah*, dan *za'amanah*, ketiga istilah tersebut memiliki arti yang sama yaitu menjamin atau menanggung.¹⁸ Dalam *kafalah* itu sendiri terbagi dua bagian, yaitu *kafalah* dengan jiwa dan *kafalah* dengan harta.

Selain jaminan jiwa, islam juga mengenal jaminan kebendaan atau disebut dengan *rahn* yang secara etimologi berarti tetap, kekal dan jaminan. Dalam hukum positif disebut barang jaminan atau agunan. Dasar hukum jaminan ini dalam islam terdapat dalam surat Al Baqarah ayat 283 yang artinya “*dan jika kamu dalam perjalanan sedang kamu tidak mendapatkan seorang penulis, maka hendaklah ada barang jaminan yang dipegang.*” Dari kutipan ayat tersebut, maka jaminan kebendaan adalah diperbolehkan.

Di dalam konsep hukum positif, dikenal beberapa macam jaminan kebendaan, antara lain:

1. Hak Tanggungan yang diatur dalam Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.
2. Hipotik yang diatur dalam pasal 1162 sampai dengan 1178 Kitab undang-undang Hukum Perdata.
3. Gadai yang diatur dalam Kitab Undang Undang Hukum Perdata pasal 1150 sampai dengan pasal 1160.
4. Fidusia yang diatur dalam undang-undang nomor 42 tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia.

Dari keempat macam jaminan kebendaan diatas, Hak Tanggungan dianggap paling menguntungkan dan memberikan kepastian hukum karena obyek yang menjadi jaminan

¹⁸ Wahab Zuhaili, *al Fiqh al Islamy wa Adillatuhu*, Daar Al Fikr, Beirut, 2002.

adalah tanah yang bisa ditaksir harganya dan adanya kepastian mengenai eksekusinya yang disebut *parate eksekusi*.

Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain. Hak tanggungan diatur dalam Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan Atas Tanah Beserta Benda-benda yang Berkaitan Dengan Tanah. Hak Tanggungan lazim digunakan dalam praktek bank konvensional yang kemudian juga diadaptasi kedalam praktek bank syariah.

Di lihat dari definisi Hak Tanggungan diatas, maka pembebanan Hak Tanggungan muncul karena adanya utang, sehingga logikanya, munculnya Hak Tanggungan harus diawali dengan adanya perjanjian atau akad awal mengenai hutang. Sedangkan dalam hal ini, akad *mudharabah* bukanlah merupakan perjanjian hutang melainkan perjanjian bagi hasil. Oleh karena itu peneliti merasa tertarik untuk melakukan penelitian lebih lanjut mengenai Permasalahan Penerapan Hak Tanggungan dalam Perjanjian *Mudharabah* dengan melakukan Analisa Yuridis Mengenai Keabsahan Hak Tanggungan Terhadap Perjanjian *Mudharabah*.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian pada bagian latar belakang masalah di atas, maka rumusan masalah yang diangkat dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Bagaimana hukum jaminan dalam *mudharabah* berdasarkan hukum islam?
2. Bagaimana keabsahan hukum pemasangan Hak Tanggungan pada perjanjian *mudharabah*?

C. Tujuan Penelitian

Adapun tujuan dari penelitian ini diadakan adalah sebagai berikut :

1. Untuk mengetahui hukum jaminan yang sesuai dengan hukum Islam.
2. Untuk mengetahui keabsahan pemasangan Hak Tanggungan terhadap perjanjian *mudharabah*.

D. Tinjauan Pustaka

Tinjauan Pustaka ini memuat uraian sistematik tentang penelitian yang telah dilakukan oleh peneliti sebelumnya (*previous finding*) yang ada hubungannya dengan penelitian yang akan dilakukan. Antara lain sebagai berikut:

Muhammad Ananda Salahudin Al Ayyubi Basmalah¹⁹ dengan judul Analisa Yuridis Kedudukan Jaminan Hak Tanggungan Dalam Perspektif Bisnis Syariah. Penelitiannya menitik beratkan pada kedudukan Hak Tanggungan dalam perspektif bisnis syariah serta pemberlakuan jaminan Hak Tanggungan dalam akad berdasar hukum islam.

Arinta Dewi Putri²⁰ dengan judul Urgensi Pelembagaan Jaminan Kebendaan Pada Akad *Mudharabah* Ditinjau Hukum Jaminan dan Ekonomi Syariah. Penelitian ini menitik beratkan pada kekosongan hukum mengenai jaminan syariah.

Febry Addian Muhamad²¹ dengan judul Kedudukan Jaminan Kebendaan Dalam Bentuk Hak Tanggungan Pada Pembiayaan *Mudharabah* di Lembaga Perbankan Syariah. Penelitian

¹⁹ Muhammad Ananda Salahudin Al Ayyubi Basmalah, *Analisa Yuridis Kedudukan Jaminan Hak Tanggungan Dalam Perspektif Bisnis Syariah*, Program Magister Hukum Islam Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2014, tesis.

²⁰ Arinta Dewi Putri, *Urgensi Pelembagaan Jaminan Kebendaan Pada Akad Mudharabah Ditinjau Hukum Jaminan dan Ekonomi Syariah*, Jurusan Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Muhamadiyah Surakarta, 2018, Skripsi.

²¹ Febry Addian Muhamad, *Kedudukan Jaminan Kebendaan Dalam Bentuk Hak Tanggungan Pada Pembiayaan Mudharabah di Lembaga Perbankan Syariah*, Jurusan Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember, 2017, Skripsi.

ini menitik beratkan pada pelaksanaan eksekusi Hak Tanggungan terhadap perjanjian *mudharabah* yang macet.

E. Teori

1. Teori Fiqh Muamalah khususnya bab *Mudharabah*

Teori fiqh Muamalah merupakan teori yang mengatur hubungan hak dan kewajiban dalam hidup bermasyarakat sesuai dengan kaidah syariat islam. Hukum Muamalat bersumber pada Al Quran, Sunnah Rasul dan Ijtihad. Hukum muamalat itu sendiri mempunyai prinsip dasar antara lain:

- a. Pada dasarnya semua bentuk *muamalat* adalah *mubah* kecuali yang ditentukan lain oleh Al Quran dan sunnah Rasul.
- b. *Muamalat* dilakukan atas dasar sukarela, tanpa mengandung unsur paksaan.
- c. *Muamalat* dilakukan atas dasar pertimbangan mendatangkan manfaat dan menghindari madharat dalam hidup masyarakat.
- d. *Muamalat* dilaksanakan dengan memelihara nilai keadilan, menghindari unsur-unsur penganiayaan, unsur pengambilan kesempatan dalam kesempatan.

Teori Fiqh Muamalah ini digunakan karena perjanjian *Mudharabah* sendiri merupakan obyek dari hukum muamalat. Meskipun dalam undang-undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tidak secara jelas digunakan, namun secara filosofis kaidah-kaidah mengenai perbankan syariah mengakar pada hukum muamalah.

Di dalam *muamalah*, akad mendapatkan posisi sangat penting karena suatu akad menentukan sah dan tidaknya sebuah perbuatan bahkan dapat menentukan halal dan haramnya sebuah perbuatan.²² Sehingga dalam *muamalah* tidak hanya sekedar adanya syarat formil akad, namun juga adanya syarat materiil mengenai niat.

Seperti sudah dijelaskan diawal, akad *mudharabah* berpangkal pada kepercayaan dengan niat awal *shahibul maal* memberikan bantuan modal dan *mudharib* dipercaya untuk mengelola dana dengan sebaik mungkin yang kemudian dari niatan tersebut dilahirkan

²² Ahmad Azhar Basyir, op. cit. hlm 97

dengan adanya akad *mudharabah*. Sehingga jika para pihak memegang teguh dan berkomitmen dengan hak dan kewajiban sebagaimana dalam akad *mudharabah*, maka tidak diperlukan lagi adanya jaminan dalam hal ini Hak Tanggungan.

Di gunakannya teori *muamalah* khususnya bab mengenai *mudharabah* supaya penulis dapat melakukan analisis permasalahan ini dengan lebih tajam, tidak hanya mencari aspek kebenaran secara formil namun juga dapat menemukan kebenaran materiil sebagaimana filosofi fiqh *muamalah*.

2. Teori Hukum Jaminan

Teori hukum jaminan merupakan teori yang mengatur semua aturan tentang jaminan termasuk prinsip-prinsip hukum jaminan, dimana peraturan tersebut dibuat untuk memberikan kepastian hukum antara kedua belah pihak.

Dalam teori hukum jaminan ini diatur mengenai hak-hak kreditur terhadap debitur, hak-hak antar kreditur, hak-hak jaminan, serta macam-macam bentuk hak jaminan.

Terdapat empat macam bentuk Hak Jaminan yang terdapat dalam teori hukum jaminan, yaitu:

- a. Gadai, menurut pasal 1150 Kitab Undang Undang Hukum Perdata, gadai adalah suatu hak yang diperoleh seorang berpiutang atas suatu barang bergerak, yang diserahkan kepadanya oleh seseorang berhutang atau orang lain atas namanya, dan memberikan kekuasaan kepada si berpiutang untuk mengambil pelunasan dari barang tersebut dan biaya yang telah dikeluarkan untuk menyelamatkannya, setelah barang itu digadaikan, biaya-biaya mana yang harus didahulukan.
- b. Fidusia menurut pasal 1 Undang-undang Nomor 42 tahun 1999 tentang Jaminan Fidusia adalah pengalihan hak kepemilikan suatu benda atas dasar kepercayaan

dengan ketentuan bahwa benda yang hak kepemilikannya dialihkan tersebut tetap dalam penguasaan pemilik benda.

- c. Hipotik menurut pasal 1162 Kitab Undang Undang Hukum Perdata adalah suatu hak kebendaan atas benda-benda tak bergerak, untuk mengambil penggantian daripadanya bagi pelunasan suatu perikatan.
- d. Hak Tanggungan menurut Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor lain;

Teori ini digunakan untuk menganalisa apakah penerapan ketentuan-ketentuan mengenai Hak Tanggungan yang merupakan produk hukum perdata normatif dapat diterapkan pada akad *mudharabah* yang tidak hanya harus terpenuhi ketentuan normatif akadnya namun juga tetap harus menjaga kaidah filosofis ketentuan syariatnya.

Penulis beranggapan bahwa ketentuan mengenai Hak Tanggungan yang secara normatif digunakan untuk pelunasan hutang, dapat mempengaruhi kemurnian filosofis syariah dalam *mudharabah*, sehingga dengan digunakannya teori ini peneliti akan menganalisa bagaimana penerapan Hak Tanggungan supaya tidak hanya memenuhi kaidah normatif namun juga tetap menjaga kaidah filosofis perjanjian *mudharabah*.

F. Metode Penelitian

1. Pendekatan Penelitian

Untuk dapat menjawab permasalahan dalam rumusan masalah, penelitian ini akan menggunakan pendekatan penelitian Yuridis Normatif, yaitu metode penelitian hukum yang memandang hukum sebagai doktrin atau seperangkat aturan yang bersifat normatif. Data diperoleh dari data sekunder, yang dilengkapi dengan data primer.

Pendekatan-pendekatan yang digunakan di dalam penelitian hukum adalah Pendekatan undang-undang (*statute approach*) dan Pendekatan konseptual (*conceptual approach*)²³.

Dalam kaitannya dengan metode penelitian yuridis normatif, maka akan digunakan pendekatan yaitu:

a. Pendekatan Undang-undang (*statute approach*)

Pendekatan Undang-undang (*statute approach*), suatu penelitian hukum normatif harus menggunakan pendekatan perundang-undangan, karena yang akan diteliti adalah berbagai aturan hukum yang menjadi fokus sekaligus tema sentral suatu penelitian.

b. Pendekatan Konseptual (*conceptual approach*)

Pendekatan konseptual beranjak dari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin yang berkembang di dalam ilmu hukum. Dengan mempelajari pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin di dalam ilmu hukum, peneliti akan menemukan ide-ide yang melahirkan pengertian-pengertian hukum, konsep-konsep hukum, dan asas-asas hukum relevan dengan isu yang dihadapi. Pemahaman akan pandangan-pandangan dan doktrin-doktrin tersebut merupakan sandaran bagi peneliti dalam membangun suatu argumentasi hukum dalam memecahkan isu yang dihadapi

2. Objek Penelitian

²³ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Cetakan Keenam, Kencana, Jakarta, 2010, hlm. 93.

Objek penelitian ini adalah norma hukum yang berkaitan dengan rumusan masalah yaitu segala aturan yang mengatur mengenai *mudharabah*, jaminan dalam islam maupun hukum positif, dan Hak Tanggungan.

3. Data Penelitian atau Bahan Hukum

Data yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah data primer dan data sekunder. Karena penelitian ini bersifat normatif, maka data sekunder digunakan sebagai data utama, sedangkan data primer digunakan sebagai data pendukung.

a. Data Sekunder

Data Sekunder, data yang diperoleh melalui studi kepustakaan dan telaah dari beberapa tulisan kritis dan artikel hukum serta peraturan perundang-undangan yang terkait dengan permasalahan yang diangkat oleh penulis.

Data Sekunder akan didapat dari peraturan perundang-undangan dan bahan pustaka. Bahan hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer yaitu bahan-bahan hukum positif berupa peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia. Sedangkan bahan hukum sekunder adalah bahan hukum yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer.

- 1) Bahan hukum primer yang digunakan antara lain:
 - a) Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.
 - b) Kitab Undang Undang Hukum Perdata
 - c) Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 jo Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perbankan.
 - d) Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah
 - e) Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan

- f) Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 74/DSN-MUI/I/2009 tentang Penjaminan Syariah
- g) Fatwa Dewan Syariah Nasional nomor 25/MUI-DSN/III/2002 tentang Rahn
- h) Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 92/DSN-MUI/IV/2014 Tentang Pembiayaan yang Disertai Rahn (al-Tamwil al-Mautsuq bi al-Rahn)

2) Bahan hukum sekunder yang digunakan antara lain:

- a) Buku-buku Hukum Perdata tentang Perjanjian
- b) Buku-buku tentang muamalah khususnya mengenai mudharabah
- c) Buku-buku tentang Jaminan Kebendaan
- d) Buku-buku tentang Wanprestasi.

b. Data Primer

Data primer didapat dari penelitian lapangan dengan mengadakan wawancara kepada narasumber antara lain:

- 1) Narasumber Hukum Muamalah dari Pusat Kajian Hukum Muamalah di Madiun untuk dapat mendefinisikan Mudharabah dan konsep jaminan dalam islam.
- 2) Praktisi atau Notaris yang bersinggungan langsung dengan Hak Tanggungan yang berdasarkan akad mudharabah di Ponorogo untuk dapat menjabarkan perbedaan perjanjian kredit konvensional dengan akad mudharabah.
- 3) Dosen atau ahli Hukum Perikatan guna menjelaskan perikatan dari segi hukum positif sebagai perbandingan dengan akad dalam hukum islam.

- 4) Ketua Pengadilan Agama Ponorogo sebagai Praktisi Hukum dalam hal ini dipilih untuk memberikan konsep hukum terkait wanprestasi dalam mudharabah sesuai dengan kompetensi absolutenya.

Pengumpulan data dilakukan dengan wawancara tidak terstruktur, artinya wawancara dilakukan dengan pedoman wawancara yang digunakan hanya memuat garis besar wawancara.²⁴ Terhadap para narasumber akanditanyakan mengenai jaminan, akan atau perjanjian dan wanprestasi baik dari segi hukum positif maupun dari segi hukum islam.

4. Teknik Pengumpulan Bahan Hukum.

Pengumpulan bahan hukum primer dilakukan dengan cara studi kepustakaan, sedangkan untuk mendapatkan data hukum primer dilakukan dengan cara wawancara.

5. Metode Analisa Data

Data yang diperoleh dari bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder akan diolah secara kualitatif dan akan disajikan secara deskriptif berupa penjelasan mengenai uraian dan gambaran sesuai dengan permasalahan yang erat kaitannya dengan penelitian ini kemudian menarik kesimpulan berdasarkan analisa data tersebut.

Model analisis kualitatif yang digunakan adalah model analisis data yang dilaksanakan dengan menggunakan tiga tahap atau komponen berupa reduksi data, sajian data, serta penarikan kesimpulan atau verifikasi dalam suatu proses siklus antaratahaptahap tersebut sehingga data terkumpul akan berhubungan satu dengan yang lainnya secara otomatis.²⁵

²⁴ Maria, S.W. Sumardjono, *Metodologi Penelitian Ilmu Hukum*, Diklat Kuliah Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2005, hlm 35.

²⁵ HB Sutopo, *Metodologi Penelitian Kualitatif Dasar Teori dan Praktek Dalam Penelitian*. UNS Press, Surakarta, 2002, hlm. 58

Penarikan kesimpulan akhir dapat dilakukan ketika setelah memahami arti dari berbagai hal yang ditemui dengan melakukan pencatatan-pencatatan peraturan, pernyataan-pernyataan, konfigurasi-konfigurasi yang mungkin, alur sebab akibat, akhirnya penulis menarik kesimpulan. Kesimpulan-kesimpulan juga diverifikasi selama penelitian berlangsung. Singkatnya makna-makna yang muncul dari data harus diuji kebenarannya, kekokohnya dan kecocokannya yakni merupakan validitasnya.²⁶

G. Sistematika Penulisan

Untuk mempermudah dalam memahami penelitian ini, maka dalam sistematika penulisan perlu disusun gambaran dari keseluruhan bab yang ada, sebagai berikut :

BAB I PENDAHULUAN

Terdiri dari Judul, latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, Tinjauan Pustaka, Teori, Metode Penelitian, Sistematika Penulisan.

BAB II TINJAUAN UMUM MENGENAI AKAD *MUDHARABAH* SERTA PEMBEBANAN HAK TANGGUNGAN DALAM AKAD *MUDHARABAH*.

Bab ini menguraikan teori atau hasil kajian pustaka yang berisi tinjauan umum perjanjian *mudharabah*, Hak Tanggungan serta pembebanan Hak Tanggungan terhadap perjanjian *mudharabah*.

BAB III ANALISA HUKUM MENGENAI KEABSAHAN PEMBEBANAN HAK TANGGUNGAN TERHADAP AKAD *MUDHARABAH*.

Bab ini merupakan penjelasan dari apa yang ada dalam rumusan masalah penelitian ini, yaitu mengenai konsep hukum jaminan *mudharabah* berdasarkan hukum islam serta membahas keabsahan pemasangan Hak Tanggungan terhadap akad *mudharabah*.

²⁶ Soerjono Soekanto, Pengantar Penelitian Hukum, UI Press, Jakarta, 2008, hlm. 43

BAB IV PENUTUP

Bab ini terdiri dari penutup yang terbagi sub bab antara lain, yaitu : kesimpulan dan saran. Pada bagian akhir terdapat daftar pustaka.



BAB II

TINJAUAN UMUM MENGENAI HAK TANGGUNGAN DALAM AKAD

MUDHARABAH

A. MUDHARABAH

1. Pengertian

Syirkah Mudharabah telah dikenal lama dan sudah menjadi tradisi di masyarakat arab, bahkan nabi Muhammad ﷺ sebelum menjadi rasul pun telah melakukan kerjasama dengan Siti Khadijah dalam bentuk *mudharabah*. Siti Khadijah memberi modal atau barang dagangan kepada Nabi Muhammad ﷺ karena kepiawaiannya dalam berdagang. Keuntungan yang diperoleh dari usaha tersebut dibagi antara pelaksana usaha dan pemilik modal sesuai dengan kesepakatan. Karena hal ini merupakan kebiasaan yang baik, itu pun diakui dan diadopsi oleh islam.¹

Mudharabah merupakan salah satu bagian dari *Syirkah* atau kemitraan². *Syirkah* menurut bahasa berarti *al ikhtilath* yang artinya campur atau pencampuran. Maksud pencampuran disini adalah seseorang mencampurkan hartanya dengan harta orang lain sehingga tidak mungkin untuk dibedakan. Menurut defenisi syariah, *syirkah* adalah transaksi antara dua orang atau lebih yang bersepakat untuk melakukan suatu usaha finansial dengan tujuan mencari keuntungan.³ Al Imam Asy Syaukani berkata dalam *al-Sailul Jarrar*, “*syirkah* yang *syar'i* terjadi dengan adanya saling ridha antara dua orang atau lebih dengan ketentuan setiap orang dari mereka membayar jumlah yang jelas dari hartanya. Kemudian mereka mencari

¹ Mahmudatus sa'diyah dan Meuthiya Athifa Arifin, *Mudharabah dalam Fiqh dan Perbankan syari'ah*, Jurnal Equilibrium, Volume 1, No. 2, Desember 2013.

² Mervyn K. Lewis dan Latifa M. Algaoud, *Perbankan Syariah Prinsip, Praktik dan Prospek*, PT. Serambi Ilmu Semesta, Jakarta, 2007, hlm 63

³ Taqiyyudin An-Nabhani, 1996. *Membangun Sistim Ekonomi Alternatif Perspektif Islam*. Risalah Gusti, Surabaya, 1996.

usaha dan keuntungan dengan harta yang ia serahkan, dan bagi setiap orang dari mereka ada kewajiban pembiayaan sebesar itu pula yang dikeluarkan dari harta *syirkah*.⁴

Menurut Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah, Pasal 20 ayat (3) menjelaskan, *syirkah* adalah kerja sama antara dua orang atau lebih dalam hal permodalan, ketrampilan, atau kepercayaan dalam usaha tertentu dengan pembagian keuntungan berdasarkan nisbah yang disepakati oleh pihak-pihak yang berserikat.⁵

Mudharabah termasuk dalam *syirkah al uqud* atau *syirkah* yang obyeknya adalah pengembangan hak milik.⁶

Mudharabah diambil dari kata *ad-Dharb fil ardh* yang artinya safar untuk berdagang.⁷ Istilah lain dari *mudharabah* adalah *qiradh* yang diambil dari kata *al-Qardh* yang artinya potongan.⁸ Menurut etimologi bahasa arab, kata *mudharabah* pada kamus lisan *al arab*⁹ datang dalam timbangan *mufa'alah*, diambil dari kata kerja *dharaba* yang memiliki beberapa makna diantaranya, berjalan di muka bumi dengan tujuan niaga dan mencari rizki, perumpaan dan kerjasama.

Menurut Al Mawardi,¹⁰ kata *qiradh* dan *mudharabah* adalah kata yang maknanya sama, hanya saja kata *qiradh* lebih populer penggunaannya di negeri Hijaz, sedangkan *mudharabah* merupakan dialek penduduk Irak.

Menurut Sayyid Sabiq, *mudharabah* adalah akad antara kedua belah pihak untuk salah seorangnya (salah satu pihak) mengeluarkan sejumlah uang kepada pihak lain untuk diperdagangkan, dan laba dibagi dua sebagaimana kesepakatan.¹¹

⁴ Abdul Azhim bin Badawi al Khalafi, *Al Wajaiz Panduan Fiqh Lengkap*, Pustaka Ibnu Katsir, 2007, Bogor, hlm. 593.

⁵ Tim Penyusun, *Kompilasi Hukum Ekonomi Syari'ah*, Jakarta, Kencana, 2009.

⁶ Deny Setiawan, *Jurnal Ekonomi Universitas Riau*, Volume 21, Nomor 3, September 2013.

⁷ Amni Nur Baits Nur Baits, *Pengantar Permodalan Dalam Islam*, Jogjakarta, Pustaka Muamalah Jogja, 2018.

⁸ *ibid*

⁹ Ibnu Manzur, *Lisan al-Arab*, Cetakan kesatu, Juzu'I, Edisi Bahasa Arab, Dar Al-Kutub Al-Ilmiyah, Beirut-Lebanon, 1424 H / 2003 H, dikutip dari Khudari Ibrahim, *Penerapan Prinsip Mudharabah dalam Perbankan syari'ah*, *Jurnal IUS Kajian Hukum dan Keadilan*, Volume II, Nomor 4, April 2014.

¹⁰ Al-Mawardi, *Al-Hawi Al-Kabir*, Dar Al Kutub Al Ilmiyah, Beirut 1994. Dikutip dari *ibid*

Menurut Erwandi Tarmidzi, *mudharabah* adalah transaksi penanaman dana oleh pemilik dana (*shohibul mal*) kepada pengelola (*mudharib*) untuk melakukan usaha tertentu dengan pembagian hasil berdasarkan nisbah yang disepakati oleh kedua belah pihak, sedangkan kerugian modal hanya ditanggung oleh pemilik dana.¹²

Menurut Ghufron A. Mas'adi, *Syirkah al mudharabah* adalah persekutuan antara pihak pemilik modal dengan pihak yang ahli dalam berdagang atau pengusaha, di mana pihak pemodal menyediakan seluruh modal kerja. Dengan demikian *mudharabah* dapat dikatakan sebagai *syirkah* antara modal pada satu pihak, dan pekerjaan pada pihak lain. Keuntungan dibagi berdasarkan kesepakatan, sedangkan kerugian ditanggung oleh pihak pemodal.¹³

Secara etimologi, *mudharabah* adalah bentuk *masdar* dari *fi'il madhi* yang artinya berdagang atau memperdagangkan.¹⁴

Secara terminologi, *mudharabah* adalah jenis kemitraan dalam muamalah islam yang menggabungkan pengalaman keuangan dengan pengalaman bisnis, dalam system ini suatu pihak memberikan modalnya dan pihak lain mengelola dengan pengalaman dan pengetahuan selanjutnya laba dibagi menurut rasio yang telah disetujui sebelumnya pada perjanjian awal, sedangkan dalam kerugian pihak pertama memikul semua resiko keuangan dan nasabah hanya kehilangan nilai kerjanya, bila hal ini merupakan diluar kuasa nasabah.¹⁵

Makna terminologis *mudharabah* dalam empat mazhab menurut Abdurahman bin Muhamad Iwadh adalah:¹⁶

- a. Mazhab Hanafi : akad atas persekutuan pada keuntungan dengan modal usaha dari salah satu pihak dan pekerjaan pihak lainnya.

¹¹ Sayyid Sabiq, *Fiqh al sunnah juz II*. Beirut, dar al kitab al arabiyah dikutip dari Mahmudatus sa'diyah dan Meuthiya Athifa Arifin, *Mudharabah dalam Fiqh dan Perbankan syari'ah*, Jurnal Equilibrium, Volume 1, No. 2, Desember 2013.

¹² Erwandi Tarmidzi *Harta Haram Muamalat Kontemporer*, Bogor, PT. Berkah Mulia Insani, Cetakan keduapuluhsatu, 2019, hlm. 530.

¹³ Ghufron A. Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, Jakarta, PT. Raja Grafindo Persada, 2002. Hlm. 195.

¹⁴ A. Warson, *Kamus Arab-Indonesia*, Yogyakarta: GemaInsani, 1984.

¹⁵ Frista Artmanda Widodo, *Kamus Istilah Ekonomi*, Lintas Media, Jombang, hlm 447.

¹⁶ Abdurahman bin Muhamad Iwadh Al Jaziri, *Kitab Al Fiqh ala Al mazabih al arbaah*, Edisi Bahasa Arab Juzu tiga, dar ihya. Al turats al arabi, Beirut Lebanon dikutip dari *op. cit.*

Definisi ini mengkonstruksikan tentang kerja sama usaha antar para pihak dengan persekutuan keduanya mendapatkan bagian dari keuntungan usaha secara *mudharabah*. Maka tujuan pokok dari *mudharabah* pada definisi ini adalah untuk memperoleh keuntungan.

- b. Mazhab Maliki : akad perwakilan yang keluar dari pemilik modal (*shahib al mal*) untuk yang lainnya (*mudharib*) pada perniagaan yang khusus dengan mata uang resmi dari emas dan perak, dan pemilik modal harus segera membayarkan kepada pelaku usaha nilai seukuran yang dikehendakinya untuk melaksanakan usaha.

Penjelasan definisi ini adalah bahwa maksud modal usaha dengan harta benda selain mata uang emas dinar dan dirham yang sudah maklum, seperti biji-bijian atau hewan karena akan menjadikan akad *mudharabah* rusak atau batal.

- c. Mazhab Hambali : ungkapan tentang penyerahan pembayaran oleh pemilik modal (*rab al mal*) kepada orang yang melaksanakan usaha (*mudharib*) akan sejumlah modal usaha tertentu dengan memperoleh bagian yang sudah maklum dari keuntungan usaha dan diharuskan modal tersebut uang tunai yang sah.

Fokus dari definisi versi mazhab Hambali ini adalah pada jenis modal usaha yang harus tertentu jenis dan jumlahnya, harus tertentu dari sejak awal atau pada akad akan *nisbah* bagian dari keuntungan usaha untuk pelaku usaha, dan modal usaha harus tunai, dan dari mata uang resmi yang sah dan berlaku umum. Pada mazhab ini rukun *mudharabah* hanyalah ijab dan qabul saja, bahkan dipadang sah pernyataan antar para pihak dengan tanpa pernyataan menerima oleh pihak kedua, tetapi cukup dengan penyerahan oleh pemilik modal saja, dan apabila pelaku usaha telah menerimanya kemudian langsung memakainya, sah.berbeda dengan syarat perwakilan yang harus disertai pernyataan menerima.

- d. Mazhad Syafi'I : akad yang menunjukkan pembayaran modal usaha oleh seseorang (*shahib al mal*) kepada yang lainnya (*mudharib*) untuk perniagaan dan masing-masing memiliki bagian dari keuntungan dengan syarat-syarat tertentu.

Menurut penjelasan mazhab ini, bahwa definisi di atas memfokuskan pengertian *mudharabah* pada akad, pemilik modal, pelaku usaha, serta penetapan cara pembagian keuntungan yang jelas dan pasti bagi para pihak dari sejak awal. Definisi tersebut tidak menyebutkan kata *sighat* karena dipandang termaktub pada akad dengan asumsi bahwa setiap akad pasti terdapat pernyataan *sighat* yang terdiri dari *ijab* dan *qabul*.Focus-fokus pada pengetahuan diatas nantinya akan melahirkan rukun *mudharabah*.

Dari definisi definisi diatas, dapat diambil kesimpulan mengenai garis besar apa yang dimaksud dengan *mudharabah* yaitu akad antara dua pihak yang sepakat untuk bekerja sama dimana salah satu pihak sebagai *shohibul mal* atau pemilik modal dan pihak lain sebagai

mudharib atau pelaksana modal yang memiliki keahlian dalam berdagang dan mengelola modal. Dan jika dalam kerjasama tersebut menghasilkan keuntungan, maka keuntungan akan dibagi dua sesuai dengan kesepakatan dalam akad dan jika *qaddarallah* usaha tersebut merugi, maka kerugian akan ditanggung sepenuhnya oleh *sohibul mal* atau pemberi modal dan sedangkan *mudharib* kerugiannya adalah kehilangan waktu, pikiran dan kerja keras yang telah dicurahkan pada usaha kerjasama tersebut, kecuali jika terbukti *mudharib* melakukan kelalaian dalam mengelola modal, maka *mudharib* harus menanggung kerugian.

Akad *mudharabah* pada prinsipnya adalah akad amanah, dengan posisi *mudharib* sebagai seorang *amin* atau orang yang mendapatkan amanah. Dia dipercaya untuk mengelola modal milik *sohibul mal*.¹⁷

2. Dasar Hukum *mudharabah*

Dasar hukum *mudharabah* tidak disebutkan dengan jelas dalam Al Qur'an, meskipun demikian, setidaknya terdapat empat dasar hukum *mudharabah* dalam syari'ah yaitu:

a. Dalam Al Qur'an

Meskipun tidak secara spesifik menjelaskan mengenai *mudharabah*, namun beberapa ayat ini secara umum menjelaskan mengenai *syirkah* yang merupakan pembahasan umum mengenai *mudharabah*. Antara lain:

Firman Allah dalam Al Qur'an Surah Shaad : 24

وَإِنَّ كَثِيرًا مِّنَ الْخُلَطَاءِ لَيَبْغِي بَعْضُهُمْ عَلَى بَعْضٍ
إِلَّا الَّذِينَ آمَنُوا وَعَمِلُوا الصَّالِحَاتِ

Artinya :“...dan sesungguhnya kebanyakan dari orang-orang yang berserikat itu sebahagian mereka berbuat zalim kepada sebahagian yang lain, kecuali orang-orang yang beriman dan mengerjakan amal yang saleh” (Q.S. Shaad: 24).

¹⁷ Amni Nur Baits, *op. cit.*

Maksud dari ayat diatas bahwa, Ayat ini merujuk pada dibolehkannya kerjasama dalam perniagaan. Lafadz “*al-khulatha*” dalam ayat ini bisa diartikan saling bersekutu/partnership, bersekutu dalam konteks ini adalah kerjasama dua atau lebih pihak untuk melakukan usaha perniagaan.

Orang-orang yang benar-benar memperhatikan hak orang lain dalam persekutuan dan pertemanan serta tidak melakukan sedikit pun kezaliman pada teman-temannya hanya sedikit jumlahnya. Hanya orang-orang yang cukup modal keimanan dan amal salehnya saja yang pada umumnya begitu memperhatikan hak-hak temannya dan orang-orang yang mereka kenal dengan cara sempurna dan adil.

Firman Allah dalam Al Qur'an Surah Al Maidah : 2

وَتَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ
وَالْعُدْوَانِ وَاتَّقُوا اللَّهَ إِنَّ اللَّهَ شَدِيدُ الْعِقَابِ

Artinya: “...Dan tolong-menolonglah kamu dalam (mengerjakan) kebajikan dan takwa, dan jangan tolong-menolong dalam berbuat dosa dan pelanggaran. Dan bertakwalah kamu kepada Allah, sesungguhnya Allah amat berat siksa-Nya.”

Ayat tersebut menjelaskan bahwa semua perbuatan dan sikap hidup membawa kebaikan kepada seseorang (individu) atau kelompok masyarakat digolongkan kepada perbuatan baik dan taqwa dengan syarat perbuatan tersebut didasari dengan niat yang ikhlas. Tolong menolong (*syirkah al-ta'awun*) merupakan satu bentuk perkongsian, dan harapan bahwa semua pribadi muslim adalah sosok yang bisa berguna / menjadi partner bersama-sama dengan muslim lainnya.

Firman Allah dalam Al Qur'an Surah Al Muzammil : 20

يَضْرِبُونَ فِي الْأَرْضِ يَبْتَغُونَ مِنْ فَضْلِ اللَّهِ

Artinya :“Dan orang-orang yang berjalan dimuka bumi mencari sebagian karunia Allah.”

Ayat tersebut menjelaskan bahwa sebagai manusia yang hidup dimana, maka kiranya senantiasa mencari rizki (karunia Allah) dengan bermuamalah, salah satunya yaitu dengan kerjasama antara manusia.¹⁸ Di dalam ayat di atas terdapat kata “*yadhribun*” (يَضْرِبُونَ) yang sama dengan akar kata *mudharabah* yang memiliki makna melakukan suatu perjalanan usaha.¹⁹

b. Dalam Hadits/ Sunnah

Sumber hukum lain yang dapat digunakan sebagai dasar hukum *mudharabah* adalah Hadits Riwayat Abu Daud, yang kutipannya berbunyi “*Dari Abu Hurairah R. A. beliau berkata : Rasulullah pernah bersabda, Allah telah berfirman :”Aku menemani dua orang yang pernah bermitrausaha selama salah seorang dari keduanya tidak mengkhianati yang lain. Bila salah seorang berkhianat, maka Aku akan keluar dari kemitrausahaan mereka.”*”

Hadits lain yang diriwayatkan oleh Ibnu Majjah, yaitu “*hadits dari hasan bin ali al Khallal, hadits dari Basyar bin Tsabit al Bazar, hadits dari Natsir bin al Qosim dari Abdurrahman (abdurrahim) bin Dawwud dari shalih bin Shuhaib dari ayahnya, berkata Rasulullah ﷺ bersabda: Tiga hal yang didalamnya ada berkah, jual beli yang temponya tertentu, muqaradlah (nama lain dari mudharabah) dan mencampur antara burr dengan syair untuk rumah tangga, bukan untuk dijual*”²⁰

¹⁸ Mahmudatus, *op. cit.*

¹⁹ Dimyauddin Djuwaini, *Pengantar Fiqh Muamalah*, Yogyakarta, Pustaka Pelajar, 2008, hlm. 225

²⁰ Al Imam Abu Abdillah Muhammad bin Yazid Ibnu Majjah Al Quznawi, *Sunnah Ibnu Majjah*, Jilid II. Beirut: Dar al-Fikr dikutip dari Mahmudatus, *op. cit.*

Di dalam hadits yang lain, menurut Hadits Riwayat Ad Darulquthmi mengatakan *“Abbas bin Abdul Muthallib jika menyerahkan harta sebagai mudharabah, ia mensyaratkan kepada mudharibnya agar tidak mengarungi lautan dan tidak menuruni lembah, serta tidak membeli hewan ternak, jika persyaratan itu dilanggar, ia (mudharib) harus menanggung resikonya. Ketika persyaratan yang ditetapkan Abbas itu didengar Rasulullah, beliau membenarkannya”*.²¹

c. Ijma’

Landasan hukum *mudharabah* yang ketiga adalah *ijma’* sebagaimana diriwayatkan Zaid bin Aslam dari ayahnya, beliau bercerita:

Ada dua putra khalifah Umar bin al Khattab yaitu Abdullah dan Ubaidillah, yang mereka berangkat bersama suatu rombongan pasukan ke Iraq. Tatkala keduanya hendak kembali ke Madinah, keduanya mampir di rumah Abu Musa al Asy’ari R. A, yang kala itu menjadi Gubernur kota Basrah.

Abu Musa pun menyambut dengan hangat. Dalam pertemuan tersebut, Abu Musa mengatakan *“andai ada yang bisa kulakukan dan itu bermanfaat bagimu berdua tentu akan kulakukan.”* Sesaat kemudian Abu Musa berkata *“oh ya, ada harta milik Negara yang ingin kukirimkan kepada Amirul Mukminin Umar. Uang tersebut kuserahkan kepada kalian berdua. Dengan uang tersebut kalian bisa kulak barang dagangan yang ada di Iraq lalu sesampainya di Madinah barang dagangan tersebut bisa kalian jual. Modalnya kalian serahkan kepada Amirul Mukminin Umar bin al Khattab sedangkan keuntungannya menjadi milikmu berdua”*. Keduanya merespon, *“kami setuju.”*

Akhirnya mereka melaksanakan apa yang disarankan oleh Abu Musa. Abu Musa juga mengirimkan surat kepada Umar bin al Khattab menjual barang dagangan yang mereka bawa dari Basrah dan keduanya pun mendapatkan keuntungan. Setelah keduanya melaporkan apa yang mereka lakukan kepada Umar bin al Khattab, beliau bertanya *“apakah semua anggota pasukan mendapatkan pinjaman modal dari Abu Musa sebagaimana kalian berdua?”* kemudian dijawab *“tidak”*.

Umar kemudian bertanya kembali *“apa karena kalian adalah putra amirul mukminin, lalu Abu Musa memberi pinjaman modal? Serahkan modal dan keuntungannya kepada kas Negara!”*

Abdullah bin Umar pasrah dengan keputusan ayahnya, sedangkan Ubaidillah menyanggah dengan mengatakan *“hal itu tidak sepatutnya Kau putuskan, wahai amirul mukminin. Karena jika modalnya habis atau berkurang kamilah yang menanggungnya.”*

Umar bin al Khattab bersikukuh dengan pendiriannya dengan mengatakan *“serahkan modal dan untungnya!”* kembali Abdullah bin Umar hanya terdiam.

²¹Fatwa DSN Indonesia No. 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh).

Sedangkan Ubaidillah berkomentar menolak. Hingga salah satu orang yang hadir ketika itu menyampaikan usulan “*wahai amirul mukminin, bagaimana jika anda jadikan transaksi yang telah terjadi sebagai akad qiradh?*” maka Umar pun setuju dengan mengatakan “*telah kujadikan sebagai mudharabah*”. Umar lantas mengambil pokok modal dan separo keuntungannya. Sedangkan Abdullah dan Ubaidillah mendapatkan separo keuntungan.²²

d. Qiyas

Dasar *mudharabah* yang keempat adalah Qiyas. *Mudharabah* diqiyaskan dengan *musaqah* yaitu akad yang menyuruh orang untuk mengelola kebun. Banyak orang kaya yang tidak dapat mengusahakan hartanya, disisi lain banyak orang miskin yang mau bekerja namun tidak memiliki modal. Dengan demikian akad *mudharabah* diharapkan dapat memenuhi kebutuhan manusia agar mereka saling bermanfaat.²³

Mudharabah dapat diqiyaskan sebagai bentuk interaksi antara sesama manusia sebagai makhluk sosial. Sebagai makhluk sosial, kebutuhan akan kerjasama antara satu pihak dengan pihak lain guna meningkatkan taraf perekonomian dan kebutuhan hidup, atau keperluan-keperluan lain, tidak bisa diabaikan. Kenyataan menunjukkan bahwa diantara sebagian manusia memiliki modal, tetapi tidak bisa menjalankan usahausaha produktif, tetapi berkeinginan membantu orang lain yang kurang mampu dengan jalan mengalihkan sebagian modalnya kepada pihak yang memerlukan.

Disisi lain, tidak jarang pula ditemui orang-orang yang memiliki keahlian dan kemampuan berusaha secara produktif, tetapi tidak memiliki atau keterangan modal usaha. Berdasarkan kenyataan itu, sangat diperlukan adanya kerjasama pemilik modal dengan orang-orang yang tidak mempunyai atau kekurangan modal. Pada bentuk kerjasama seperti ini, pihak miskin yang kekurangan modal itu akan sangat terbantu,

²² Amni Nur Baits. *Op. cit.*

²³ Rachmat Syafei, *Fiqh Muamalah*, Bandung : CV Pustaka Setia, 2001, hlm. 224-226.

dan para pemilik modalpun tidak pula dirugikan karena pemindahan modalnya kepada pihak lain tersebut.

3. Rukun dan Syarat²⁴

Rukun mudharabah berarti unsur penyusun yang harus ada agar mudharabah bisa dilangsungkan. Menurut Hasan Abdul Ghani dalam risalahnya *Al Ahkam al Fiqiyah al Muta'alliqah*²⁵ menyebutkan bahwa rukun mudharabah ada enam, yaitu:

- a. Shighat, yaitu pernyataan kedua pihak untuk saling ridha melakukan akad mudharabah. Tidak ada lafadz khusus terkait shighat mudharabah. Selama pernyataan yang disampaikan menunjukkan kedua belah pihak saling ridha melakukan akad mudharabah. Baik dengan pernyataan dalam rangka investasi atau menggunakan nama qiradh atau istilah lainnya.

Menurut hanafiah, shighat adalah rukun satu-satunya dalam akad mudharabah. Sementara lainnya hanya pelengkap akad.

- b. Pemodal yaitu pihak yang memberikan modal kepada pengelola. Baik individu atau kelompok.
- c. Amil yaitu pihak yang mengelola usaha dengan modal dari pemodal. Baik individu maupun kelompok.
- d. Modal yaitu dana yang diberikan oleh Rabbul Mal kepada mudharib untuk dikelola
- e. Usaha (amal) atau kerja yang dilakukan mudharabah untuk mengembangkan modal.
- f. Pembagian porsi keuntungan sesuai kesepakatan semua pihak.

Syaikh Abu Syuja' Ahmad bin Al-Husain bin Ahmad Al-Ashfahani rahimahullah mensyaratkan empat syarat qiradh atau mudharabah,²⁶ yaitu :

- a. Ada harta pokok yang berupa dinar atau dirham

Syarat pertama yang terdapat dalam kitab *Mattan Abu Syuja* adalah mengenai harta yang diserahkan sebagai modal berupa dinar dan dirham. Dalam Mazhab Syafi'I, modal

²⁴ Syarat adalah suatu perkara yang diwajibkan dan terus menerus sebelum melakukan perbuatan. Sedangkan rukun adalah hal-hal yang dapat membuat sah jika dilakukan dan dapat membuat batal jika tidak dilakukan pada saat melakukan perbuatan dan terputus-putus antara satu dan yang lain.

²⁵ Dikutip dari Amni Nur Baits, *op. cit.*

²⁶ Dikutip dari pembahasan kitab *mattan abu syuja'* yang dipandu oleh Dr. Erwandi Tarmidzi, M. A.

yang diserahkan mudharabah wajib berupa dinar dan dirham (uang) tidak boleh dalam bentuk lain yaitu berupa barang dan lain sebagainya.

Mazhab Syafi'i mutlak melarang modal selain berupa uang karena jika modal berbentuk barang, terdapat gharar atau ketidakjelasan. Hal ini dikarenakan nilai barang itu tidak pasti dan tidak bisa ditetapkan berapa besaran modal dasar dari barang.

Contohnya saat shohibul maal memberikan modal berupa 10 (sepuluh) unit motor yang akan dijual oleh mudharib dengan berbagai cara hingga kemudian dari modal 10 (sepuluh) unit motor tersebut, berkembang menjadi 15 (limabelas) unit motor, maka 5 (lima) unit motor hasil jual beli tersebut belum tentu dianggap sebagai laba atau keuntungan, karena bisa jadi 10 (sepuluh) unit motor sebagai modal awal berharga lebih mahal dibandingkan dengan 15 (limabelas) unit motor setelah diputar. Disinilah mazhab syafi'i memaknai gharar modal mudharabah jika dalam bentuk barang. Berbeda dengan mazhab syafi'i, jumhur ulama dan dua imam mazhab yang lainnya yaitu Hanafi dan Maliki memaknai lebih luas mengenai syarat mudharabah yang pertama ini.

Menurut mazhab Hanafi dan Maliki, Mudharabah dengan modal awal berbentuk barang adalah sah, karena mereka menganggap tidak ada dalil larangan menggunakan modal awal mudharabah berupa barang. Mazhab Syafi'i tidak membolehkan dengan alasan gharar karena tidak bisa menetapkan besarnya modal dasar dari barang tersebut, sedangkan jumhur ulama memaknai tatkala modal mudharabah diserahkan dalam bentuk barang, maka wajib dinilai dengan uang supaya dapat diketahui dengan pasti jumlah modal yang diserahkan oleh shohibul maal.

- b. Pemilik modal memberi izin kepada pelaksana untuk mengelola harta secara mutlak atau mengelola harta yang biasanya wujudnya tidak akan terputus.

Adanya ijin dari shohibul maal kepada mudharib untuk mengelola harta modal dari shohibul maal kepada mudharib merupakan salah satu syarat mudharabah.

Mazhab Syafi'i melarang adanya syarat pengelolaan harta secara mutlak, maksudnya, saat shohibul maal sudah menyerahkan hartanya sebagai modal mudharabah, maka mudharib bebas untuk mengelola harta tersebut dengan berbagai cara.

Jumhur ulama mengatakan shohibul maal boleh memberikan syarat pengelolaan harta kepada mudharib. Atas dua pendapat tersebut, mudharabah dapat digolongkan menjadi dua jenis, yaitu mudharabah muthlaqah merupakan mudharabah yang sifatnya mutlak dimana shahibul maal tidak menetapkan syarat-syarat tertentu kepada mudharib dan mudharabah muqayyadah yaitu pemilik dana atau shahibul maal membatasi/ memberi syarat kepada mudharib dalam pengelolaan dana seperti misalnya hanya untuk melakukan mudharabah bidang tertentu, cara, waktu dan tempat tertentu saja.

c. Ada perjanjian bagi untung antara pemilik modal dan pelaksana

Tidak ada ketentuan baku dalam penentuan besarnya keuntungan dalam akad mudharabah, namun yang harus diperhatikan adalah:

- 1) Pembagian keuntungan harus berdasarkan porsi dalam bentuk prosentase, bukan dalam bentuk nilai tertentu. Contoh: pembagian 40% dan 60% bukan keuntungan lima juta rupiah per bulan.
- 2) Pembagian porsi keuntungan harus berdasarkan keuntungan, bukan berdasarkan modal. Contohnya, jika modalnya seratus juta rupiah dan setelah diusahakan jumlah harta menjadi seratus limapuluh juta rupiah, maka yang dibagi berdasarkan prosentase adalah sejumlah limapuluh juta rupiah, karena yang seratus juta rupiah merupakan modal awal.

d. Tidak ditentukan jangka waktunya.

Mudharabah menurut mazhab syafi'i tidak boleh ditentukan jangka waktunya, namun jumhur ulama mengatakan mudharabah boleh ditentukan jangka waktunya.

Mudharabah tidak boleh ditentukan jangka waktunya, namun bukan berarti mudharabah juga berlaku selamanya. Menurut jumhur ulama, saat bisa diperkirakan jangka waktu kapan mendapatkan keuntungan maupun kerugian, maka mudharabah boleh dihentikan.²⁷

Ulama yang berpendapat bahwa mudharabah tidak boleh ditentukan jangka waktunya karena pembatasan waktu semacam ini bisa membuat peluang yang baik lepas dari tangan mudharib atau mengacaukan rencana-rencanya, sehingga mengakibatkan tidak dapat diperoleh keuntungan dari usaha-usaha yang dilakukan.²⁸

Contoh konkritnya adalah saat shohibul maal memberikan modal kepada mudharib untuk usaha baju untuk bulan ramadhan dan syawal dimana permintaan pasar sedang tinggi, dan proyeksi mudharib melakukan penjualan dibulan ramadhan, maka tidak boleh menentukan jangka waktu mudharabah dihentikan sebelum ramadhan, karena masih terlalu singkat dan mudharib belum dapat mencapai target penjualan saat ramadhan. Namun, jika sudah diyakini waktu mendapatkan keuntungan maupun kerugian, barulah boleh menentukan jangka waktu mudharabah.

Mengenai penghentian kontrak mudharabah, masing-masing dari pihak berhak untuk menghentikan kontrak tersebut dengan memberitahukan keputusan itu kepada pihak lain. Karena bagi mayoritas fuqaha mudharabah bukanlah suatu kontrak yang mengikat.²⁹

²⁷ Disampaikan oleh Dr. Erwandi Tarmidzi LC MA disampaikan dalam kajian kitab mattan abu syuja pada radio rodja dengan ijin langsung dari beliau untuk boleh dikutip sebagai referensi.

²⁸ Sofhia, Pemahaman Fiqh terhadap Mudharabah, *Jurnal Al Adl IAIN Gorontalo*, Vol. 9 No. 2 Juli 2016

²⁹ Ibid halaman 83

Imam syafi'I dan iman hanafi mengungkapkan bahwa bahkan setelah mudharib menjalankan mudharabah, siapapun diantara kedua belah pihak bisa menghentikannya. Namun Imam Malik tidak mengizinkannya dalam penghentian kontrak semacam tersebut. Ketika kontrak mudharabah menjadi batal untuk alasan apapun, si mudharib harus diberi upah yang layak sebagai imbalan dari pekerjaan yang telah ia lakukan, meskipun dalam ketentuan mudharabah tidak demikian, namun dilakukan sebagai suatu kontrak upahan (ijarah). Hal tersebut berdasarkan klausul suatu kontrak upahan, dimana seorang pekerja harus diberi upah atas pekerjaannya.³⁰

Contoh konkrit dari definisi diatas adalah jika akad mudharabah disepakati untuk digunakan sebagai usaha jual beli sapi, kemudian mudharib sudah membeli sapi yang nantinya akan dijual kembali, namun secara tiba-tiba shohibul maal membatalkan akadnya, maka mudharib harus mengembalikan harta atau modal tersebut kepada shohibul maal, meskipun dalam bentuk sapi, sedangkan mudharib wajib diberi upah oleh shohibul maal karena mudharib telah bekerja dengan membeli sapi namun belum sempat berusaha untuk mendapat keuntungan, akadnya telah terlebih dahulu dibatalkan oleh shohibul maal.

Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia memfatwakan diperbolehkannya pembatasan waktu pada akad mudharabah.³¹ Pada fatwa ketiga dalam ketentuan lain lain angka 1, Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia menjelaskan 1. Mudharabah boleh dibatasi pada periode tertentu.

³⁰ Ibnu Rusyd, bidayatul al mujtahid II hal 179

³¹ Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia nomor 7 pada ketentuan lain, fatwa ketiga angka 1

Menurut Majelis Ulama Indonesia³², terdapat 5 rukun dan syarat mudharabah yang harus dipenuhi, antara lain:

- a. Penyedia dana (shahibul maal) dan pengelola (mudharib) harus cakap hukum.
- b. Pernyataan ijab dan qabul harus dinyatakan oleh para pihak untuk menunjukkan kehendak mereka dalam mengadakan kontrak (akad), dengan memperhatikan hal-hal berikut:
 - a. Penawaran dan penerimaan harus secara eksplisit menunjukkan tujuan kontrak (akad).
 - b. Penerimaan dari penawaran dilakukan pada saat kontrak.
 - c. Akad dituangkan secara tertulis, melalui korespondensi, atau dengan menggunakan cara-cara komunikasi modern.
- c. Modal ialah sejumlah uang dan atau asset yang diberikan oleh penyedia dana kepada mudharib untuk tujuan usaha dengan syarat sebagai berikut:
 - a. Modal harus diketahui jumlah dan jenisnya
 - b. Modal dapat berbentuk uang atau barang yang dinilai. Jika modal diberikan dalam bentuk asset, maka asset tersebut harus dinilai pada waktu akad.
 - c. Modal tidak dapat berbentuk piutang dan harus dibayarkan kepada mudharib, baik secara bertahap maupun tidak, sesuai dengan kesepakatan dalam akad.
- d. Keuntungan mudharabah adalah jumlah yang didapat sebagai kelebihan dari modal. Syarat keuntungan berikut ini harus dipenuhi:
 - a. Harus diperuntukkan bagi kedua pihak dan tidak boleh disyaratkan hanya untuk satu pihak.
 - b. Bagian keuntungan proporsional bagi setiap pihak harus diketahui dan dinyatakan pada waktu kontrak disepakati dan harus dalam bentuk prosentasi (nisbah) dari keuntungan sesuai kesepakatan. Perubahan nisbah harus berdasarkan kesepakatan.
 - c. Penyedia dana menganggung semua kerugian akibat dari mudharabah, dan pengelola tidak boleh menanggung kerugian apapun kecuali diakibatkan dari kesalahan disengaja, kelalaian, atau pelanggaran kesepakatan.
- e. Kegiatan usaha oleh pengelola (mudharib), sebagai perimbangan (muqabil) modal yang disediakan oleh penyedia dana, harus memperhatikan hal hal berikut:
 - 1) Kegiatan usaha adalah hak eksklusif mudharin, tanpa campur tangan penyedia dana, tetapi ia mempunyai hak untuk melakukan pengawasan.

³² Fatwa Dewas Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan mudharabah (qiradh).

- 2) Penyedia dana tidak boleh mempersempit tindakan pengelola sedemikian rupa yang dapat menghalangi tercapainya tujuan mudharabah, yaitu keuntungan.
- 3) Pengelola tidak boleh menyalahi hukum syariah islam dalam tindakannya yang berhubungan dengan mudharabah, dan harus mematuhi kebiasaan yang berlaku dalam aktifitas itu.

4. Kaidah-kaidah Mudharabah³³

Ada beberapa kaidah dalam mudharabah yang harus diperhatikan, yaitu:

- a. Bahwa pembagian hasil dalam mudharabah harus berdasarkan hasil dan bukan berdasarkan modal. Dan ini salah satu yang membedakan antara bagi hasil mudharabah dengan riba. bagi hasil berdasarkan modal tidak ada bedanya dengan riba, karena selalu diterima dan jumlahnya tetap.

Kaidah ini memberikan konsekuensi logis bahwa bagi hasil pasti nilainya fluktuatif, karena didasarkan pada hasil usaha, bukan pada besarnya modal. Prosentase pembagiannya tetap, namun jumlah yang dibagi tergantung pada hasil usahanya, sehingga jika ada bagi hasil yang jumlahnya tetap setiap pembagiannya, hal tersebut menyalahi kaidah ini.

- b. Akad mudharabah adalah akad jaiz, artinya bisa dibatalkan sepihak, tanpa harus meminta izin pihak yang lain. Kecuali dalam kondisi tertentu yang jika dibatalkan sepihak bisa merugikan pihak yang lain.

Ulama³⁴ sepakat bahwa mudharabah adalah akad jaiz dan bukan akad lazim, artinya bisa dibatalkan kapanpun oleh masing-masing pihak, tanpa harus menunggu izin dari pihak lain. Hanya saja mereka berbeda pendapat mengenai status keterikatan mudharabah ketika mudharib sudah menjalankan usaha.

³³Amni Nur Baits, *op. cit.*

³⁴Al Mausū'ah al Fiqhiyah, 38/91 dikutip dari Amni Nur Baits, *ibid.*

Imam Malik berpendapat bahwa ketika mudharib sudah menjalankan usaha maka akad mudharabah menjadi akad yang mengikat dan tidak bisa dibatalkan oleh salah satu pihak kecuali atas kerelaan keduanya. Hal tersebut dikarenakan akad ini sudah menghasilkan.

- c. Jika terjadi perbedaan dalam mudharabah, antara mudharib dengan pemodal, maka pengakuan yang diterima adalah pengakuan mudharib.

Jika terjadi perbedaan antara Mudharib dengan shahibul mal mengenai usahanya, maka diposisi ini klaim pemodal harus diiringi dengan bukti, sementara jika tidak ada bukti, yang dimenangkan adalah pernyataan mudharib.

Menurut hadist yang diriwayatkan Turmudzi, dari Abdullah bin Amr bin Ash R. A, Nabi Salallahu 'alaihi wa sallam bersabda "*bukti itu menjadi tanggung jawab mudda'i dan sumpah menjadi pembela bagi mudda'a alaih*".³⁵

Pihak yang menuntut atau yang mengajukan klaim disebut sebagai *mudda'i*, sedangkan pihak yang dituntut disebut *mudda'a alaih*. Untuk penuntut, dia mempunyai kewajiban untuk mendatangkan bukti atau saksi, sedangkan untuk pihak yang dituntut ada dua kemungkinan posisi, yaitu:

- 1) Jika mudda'I bisa mendatangkan bukti yang bisa diterima, maka dia bertanggung jawab memenuhi tuntutan.
- 2) Jika mudda'I tidak bisa mendatangkan bukti yang dapat diterima, maka mudda'a alaih diminta untuk bersumpah dalam rangka membebaskan dirinya dari tuntutan. Jika dia bersumpah maka dia bebas tuntutan.

³⁵H.R. Turmudzi 1931, Daruquthni 4358 dan dishahihkan al Albani.

- d. Jenis usaha mudharabah boleh dilakukan secara mutlak (tanpa dibatasi) maupun muqayyad (dibatasi), sesuai kesepakatan. Karena tujuan utama mudharabah adalah mewujudkan kemaslahatan kedua pihak.

Terdapat dua jenis mudharabah, yaitu :

1) Mudharabah Muthlaqah.

Jenis mudharabah muthlaqah membebaskan mudharib untuk mengelola harta shohibul maal untuk usaha apapun, shohibul maal tidak mensyaratkan syarat tertentu mengenai jenis barang yang boleh maupun yang tidak boleh dijual oleh mudharib.

Mudharabah muthlaqah memiliki kelebihan dalam kebebasan mudharib mengelola modal, namun harus diimbangi dengan rasa kepercayaan yang tinggi dari shohibul maal bahwa mudharib akan mengelola hartanya dengan amanah dan menuntut tanggung jawab dari mudharib untuk bertanggung jawab terhadap harta yang dikelolanya.

2) Mudharabah Muqayyadah.

Mudharabah muqayyadah adalah jenis mudharabah yang memiliki batasan-batasan kepada mudharib dalam mengelola harta. Mudharabah muqayyadah mendasar pada hadits riwayat Thabrani sebagai berikut:

"Abbas bin Abdul Muthallib jika menyerahkan harta sebagai mudharabah, ia mensyaratkan kepada mudharib-nya agar tidak mengarungi lautan dan tidak menuruni lembah, serta tidak membeli hewan ternak. Jika persyaratan itu dilanggar, ia (mudharib) harus menanggung resikonya. Ketika persyaratan yang ditetapkan Abbas itu didengar Rasulullah, beliau membenarkannya."(HR. Thabrani dari Ibnu Abbas).

Kelemahan mudharabah muqqayadah adalah tatkala barang yang disyaratkan dalam akad ternyata tidak tersedia di pasar, maka mudharib tidak boleh serta merta merubah ketentuan dalam akad mudharabah tersebut. Contohnya saat disyaratkan bahwa modal harus digunakan untuk jual beli batu akik, namun ternyata batu akik tidak ada dipasaran, maka mudharib tidak diperbolehkan menggunakan modal tersebut untuk membeli selain batu akik.

- e. Keseimbangan dalam masalah hak dan kewajiban, seperti kata pepatah, ringan sama dijinjing berat sama dipikul. Sehingga dalam akad mudharabah tidak diperbolehkan ada satu pihak yang terjamin bisa mendapatkan keuntungan dan aman dari resiko kerugian.

As Syirazi ulama syafi'iyah menjelaskan bagian dari aturan mudharabah yaitu salah satu pelaku akad mudharabah tidak boleh dikhususkan untuk mendapatkan uang senilai tertentu kemudian sisanya dibagi sesuai kesepakatan keduanya, karena bisa jadi uang senilai itu tidak didapatkan, sehingga dia tidak mendapatkan apapun, dan bisa jadi yang didapatkan hanya uang senilai itu, sehingga hak kawannya tidak ada.³⁶

Pendapat lebih tegas diutarakan oleh Ibnul Mundzir yang menyampaikan bahwa ulama sepakat mudharabah menjadi batal jika salah satu pihak mendapat jatah khusus. Dalam kitabnya al Mughni³⁷, Ibnu Mundzir menyatakan semua ulama yang saya ketahui bahwa qiradh menjadi batal apabila salah satu pihak atau masing-masing pihak ditetapkan mendapatkan uang senilai tertentu.

³⁶Al Majmu' Syarh al-Muhadzab, 14/366 dikutip dari website konsultasisyariah.com pembahasan mengenai fiqh muamalah kontemporer.

³⁷Disampaikan oleh Amni Nur Baits, op. cit.

Yang dimaksudkan jatah tertentu dalam pendapat diatas bukanlah mengenai prosentasi (nisbah) yang lebih tinggi daripada yang lain, melainkan ada bagian tertentu kepada salah satu pihak dalam akad mudharabah. Misalkan shohibul maal yang mendapatkan bagian tertentu sebelum keuntungan dibagi, maka akad mudharabah menjadi batal, karena hal ini sama saja menjamin adanya pengembalian modal atau harta dari shohibul maal. Menurut Dr. Erwandi Tarmidzi, dalam kaidah islam, jika modal terjamin maka tidak boleh mendapatkan keuntungan, karena jika mendapatkan keuntungan maka menjadi riba. Padahal dalam akad mudharabah jelas sekali bahwasannya tujuan akad mudharabah adalah memperoleh keuntungan. (sehingga tidak boleh menjamin pengembalian modal).

Contoh lain mengenai jatah tertentu adalah saat mudharib mendapatkan gaji dari akad mudharabah tersebut. Maka hal ini sesuai pendapat jumhur ulama, akad mudharabah menjadi batal, hal tersebut terjadi karena jika akad mudharabah tersebut ternyata mengalami kerugian sedangkan mudharib telah mendapatkan gaji atau keuntungan, maka tidak sesuai dengan kaidah akad mudharabah yang menyatakan segala keuntungan dan kerugian dalam akad mudharabah ditanggung kedua belah pihak.

- f. Dalam akad mudharabah, modal tidak boleh dijamin. Bagian ini yang menjadi salah satu pembeda antara mudharabah dengan akad qard (utang piutang). Sehingga pemodal tidak boleh meminta modalnya dikembalikan jika terjadi kerugian. Kecuali jika ada keteledoran atau tidak amanah dari pihak mudharib.
- g. Dalam akad mudharabah, berlaku rumus keseimbangan dimana peluang mendapatkan keuntungan sama dengan resiko rugi. Artinya, siapa yang ingin mendapatkan peluang untung maka dia harus siap dengan resiko rugi. Sebagaimana

shohibul mal menghendaki keuntungan dari modal yang dia berikan, shohibul mal juga harus siap dengan resiko kerugian.

- h. Orang yang berhak mendapat keuntungan, karena modal, usaha atau menanggung resiko. Karena itu, jika salah satu dari hal ini tidak ada, maka tidak berhak mendapat keuntungan.
- i. Idealnya, hasil keuntungan tidak dibagi didepan, selama di belakang masih ada resiko. Karena keuntungan ini sebelum dibagi digunakan untuk menutup resiko.
- j. Mudharabah bermasalah yang sudah berjalan dan sudah menghasilkan keuntungan, tidak dapat dibatalkan dan dimulai dari awal, namun tetap dilanjutkan dan dikembalikan kepada aturan syariat. Sementara nilai bagi hasil kembali kepada nilai yang berlaku di masyarakat.
- k. Semua asset yang dibeli atau diadakan dari modal adalah milik pemodal. Karena hak mudharib adalah bagian keuntungan dan bukan asset atau modal. Sehingga jika terjadi pembatalan mudharabah sementara masih meninggalkan asset dan tidak menghasilkan keuntungan maka semua asset dikembalikan kepemilikannya yaitu pemodal.

5. Jaminan Dalam Akad Mudharabah

Secara umum, konsep jaminan dalam islam disebut dengan *kafalah*, yang dalam hukum islam dikenal dua jenis jaminan, yaitu jaminan perseorangan dan jaminan berupa harta benda.

Kafalah menurut etimologi berarti al dhamanah, hamalah, dan za'amanah, ketiga istilah tersebut memiliki arti yang sama yaitu menjamin atau menanggung. Menurut terminology

kafalah didefinisikan sebagai jaminan yang diberikan oleh kafil (penanggung) kepada pihak ketiga atas kewajibannya yang harus ditunaikan pihak kedua (tertanggung).³⁸

Menurut imam mazhab, kafalah berarti sebagai berikut:³⁹

- a. Menurut mazhab Hanafi, bahwa kafalah memiliki dua pengertian, yang pertama arti kafalah ialah menggabungkan tanggungan kepada tanggungan yang lain dalam penagihan dengan jiwa, utang atau zat benda. Yang kedua arti kafalah ialah, menggabungkan tanggungan kepada tanggungan yang lain dalam pokok asal (utang)
- b. Menurut mazhab Maliki kafalah adalah orang yang mempunyai hak mengerjakan tanggungan pemberi beban serta bebannya sendiri yang disatukan, baik menanggung pekerjaan yang sesuai maupun pekerjaan yang berbeda.
- c. Mazhab syafi'I kafalah adalah akad yang menetapkan iltizam hak yang tetap pada tanggungan (beban) yang lain atau menghadirkan zat benda yang dibebankan atau menghadirkan beban oleh orang yang berhak menghadirkannya.
- d. Menurut Mazhab hambali, kafalah adalah iltizam sesuatu yang diwajibkan kepada orang lian serta kekelan benda tersebut yang dibebankan atau iltizam orang yang mempunyai hak menghadirkan dua harta (pemiliknya) kepada orang yang mempunyai hak.

Di dalam kamus fiqh, kafalah diartikan menanggung atau penanggung terhadap sesuatu, yaitu akad yang mengandung perjanjian dari seseorang dimana padanya ada hak yang wajib dipenuhi terhadap orang lain dan berserikat bersama orang lain itu dalam hal tanggung jawab terhadap hak tersebut dalam menghadapi penagih (utang).⁴⁰

Menurut M. Syafi'I Antonio, kafalah adalah jaminan yang diberikan penanggung (kafil) kepada pihak ketiga untuk memenuhi kewajiban pihak kedua atau yang ditanggung.⁴¹

Kafalah itu sendiri terbagi dua bagian, yaitu kafalah dengan jiwa dan kafalah dengan harta. Selain jaminan jiwa, islam juga mengenal jaminan kebendaan atau disebut dengan rahn yang secara etimologi berarti tetap, kekal dan jaminan. Dalam hukum positif disebut barang jaminan atau agunan. Dasar hukum jaminan ini dalam islam terdapat dalam surat Al Baqarah ayat 283 yang artinya “dan jika kamu dalam perjalanan sedang kamu tidak mendapatkan

³⁸Mardani, *Hukum Perikatan di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, halaman 189

³⁹Hendi Suhendi, *op. cit.*

⁴⁰M. Abdul Mudjib, *Kamus Istilah Fiqh*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 1994, halaman 148

⁴¹M. Syafi'I Antonio, *op. cit.*

seorang penulis, maka hendaklah ada barang jaminan yang dipegang.” Dari kutipan ayat tersebut, maka jaminan kebendaan adalah diperbolehkan.

Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia nomor 25/DSN-MUI/III/2002 tentang Rahn menjelaskan mengenai ijma' para ulama bahwa secara garis besar akad rahn atau penjaminan utang diperbolehkan.

Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia mensyaratkan ketentuan jaminan antara lain sebagai berikut:

- a. Murtahin (penerima barang) mempunyai hak untuk menahan marhun (barang) sampai semua utang rahin (yang menyerahkan barang) dilunasi.
- b. Marhun dan manfaatnya tetap menjadi milik rahin, pada prinsipnya, marhun tidak boleh dimanfaatkan oleh murtahin kecuali seijin rahin, dengan tidak mengurangi nilai marhun dan pemanfaatannya itu sekedar pengganti biaya pemeliharaan dan perawatannya.
- c. Pemeliharaan dan penyimpanan marhun pada dasarnya menjadi kewajiban rahin, namun dapat dilakukan juga oleh murtahin, sedangkan biaya dan pemeliharaan penyimpanan tetap menjadi kewajiban rahin.
- d. Besar biaya pemeliharaan dan penyimpanan marhun tidak boleh ditentukan berdasarkan jumlah pinjaman.
- e. Penjualan marhun
 - 1) Apabila jatuh tempo, murtahin harus memperingatkan rahin untuk segera melunasi hutangnya.
 - 2) Apabila rahin tetap tidak dapat melunasi hutangnya, maka marhun dijual paksa/ dieksekusi melalui lelang sesuai syariah.
 - 3) Hasil penjualan marhun digunakan untuk melunasi utang, biaya pemeliharaan dan penyimpanan yang belum dibayar serta biaya penjualan.
 - 4) Kelebihan hasil penjualan menjadi milik rahin dan kekurangannya menjadi kewajiban rahin.

Jika didalami dengan seksama, pengaturan rahn dalam fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia diatas adalah pengaturan mengenai penjaminan utang. Sedangkan, kaidah jaminan dalam akad mudharabah berbeda dengan konsep jaminan hutang piutang maupun jual beli tidak tunai.

Kaidah akad mudharabah sejatinya adalah kepercayaan, jelas berbeda dengan kaidah akad utang, karena dalam mudharabah terdapat unsur-unsur kepercayaan (amanah)⁴², kejujuran dan kesepakatan,⁴³ karena shahibul maal menyerahkan dan mempercayakan hartanya kepada mudharib untuk dikelola dengan tujuan menjalankan usaha dan shohibul maal yang menanggung resiko kehilangan harta saat terjadi kerugian.

Pembiayaan mudharabah merupakan konsep kerjasama kemitraan yang sebenarnya tidak memerlukan adanya penyerahan jaminan. Jika persyaratan yang demikian tetap dilanggar ada pendapat yang menyatakan akad mudharabah batal dan tidak berlaku.⁴⁴ Menurut Imam Ahmad ibn Hanbal dan Abu Hanifah, mudharabah yang mensyaratkan jaminan, maka persyaratannya dinyatakan batal dan tidak berlaku, adapun akadnya sendiri tetap berlaku. Namun Imam Maliki dan Imam Syafi'i berpendapat akad mudharabah itu secara keseluruhan tidak sah, karena mudharabah merupakan akad kerjasama mengenai usaha bersama dengan para pihak untuk memperjanjikan bagi hasil atas keuntungan usaha.⁴⁵

Menurut Wawan Muhwan Hariri, *shahibul mal* tidak dapat meminta jaminan dari debitur karena memang debitur tidak akan menanggung resiko bila terjadi kerugian, selain resiko *non financial*.⁴⁶

Menurut Dr. Erwandi Tarmidzi, M.A.⁴⁷ dalam akad mudharabah shohibul maal diperbolehkan meminta jaminan kepada mudharib, namun jaminan tersebut bukanlah untuk jaminan kembalinya modal atau harta shohibul maal, melainkan sebagai jaminan

⁴²Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (qiradh), fatwa ketiga angka 3.

⁴³Mahmudatus Sa'diyah dan Meuthiya Athifa Arifin, *Jurnal Equilibrium*, Volume 1 No. 2, Desember 2013.

⁴⁴Siti Hamidah dan Prayudo Eri Yandono, *Jurnal Jurisdictie: Jurnal Hukum dan Syariah* Vol. 7 No. 2 tahun 2016

⁴⁵Sutan Remi Sjahdeini, 1999, *Perbankan Islam dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Pustaka Utama Grafiti Jakarta, hlm. 168.

⁴⁶Wawan Muhwan Hariri, *Hukum Perikatan Dilengkapi Hukum Perikatan Dalam Islam*, Bandung: Pustaka Setia, 2011, hlm: 321

⁴⁷Erwandi Tarmidzi, *op. cit.*

bahwasannya mudharibakan memenuhi apa yang disepakati dalam akad. Hal tersebut senada dengan apa yang dikemukakan Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia dalam fatwanya nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang pembiayaan mudharabah (qiradh) pertama tentang ketentuan pembiayaan nomor 7 berbunyi pada prinsipnya, dalam pembiayaan mudharabah tidak ada jaminan, namun agar mudharib tidak melakukan penyimpangan, LKS (Lembaga Keuangan Syariah) dapat meminta jaminan dari mudharib atau pihak ketiga. Jaminan ini dapat dicairkan apabila mudharib terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.

Menurut Warkum Sumitro, pada produk perjanjian mudharabah diperlukan adanya jaminan. Bentuk jaminan yang ditetapkan dalam Bank Syari'ah sama dengan bentuk jaminan yang diterapkan pada bank konvensional, yaitu terdiri atas jaminan perseorangan dan jaminan kebendaan.⁴⁸Penerapan jaminan dalam akad mudharabah dalam perbankan syari'ah merupakan salah satu hal yang penting bagi Bank Syari'ah dalam rangka melaksanakan prinsip kehati-hatian (prudential principle).

Menurut Nindyo Pramono, Prinsip kehati-hatian adalah pengendalian resiko melalui penerapan peraturan perundang-undangan dan ketentuan yang berlaku secara konsisten.⁴⁹

Ditetapkannya jaminan dalam akad mudharabah lebih didasarkan pada penerapan metode ijtihad yang tidak dalam maksud mengesampingkan dari hukum asalnya namun lebih didasarkan pada prinsip penggunaan metode istihsan. Metode ini pada prinsipnya mengutamakan tujuan untuk mewujudkan kemaslahatan-kemaslahatan atau menolak bahaya-bahaya secara khusus sebab dalil umum menghendaki dicegahnya bahaya itu.⁵⁰Dalam hal ini, Shohibul maal atau kreditur harus berhati-hati benar dalam memaknai jaminan dalam akad

⁴⁸Warkum Sumitro, *Asas-asas Perbankan Islam dan Lembaga-lembaga Terkait*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 114

⁴⁹Nindyo Pramono, *Bungan Rampai Hukum Bisnis Aktual*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006, halaman 262.

⁵⁰Iskandar Usman, *Ishtihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 20

mudharabah, karena sesuai kaidahnya, akad mudharabah tidak perlu jaminan, sedangkan jika ada jaminan, maka jaminan tersebut bukanlah sebagai garansi pengembalian harta atau modal dari shohibul maal, melainkan sebagai cambuk bagi mudharib dalam melaksanakan amanah mudharabah.

Dalam hal jaminan pada akad mudharabah digunakan sebagai garansi pengembalian harta atau modal shohibul maal dari mudharib, maka akad mudharabah akan menjadi batal dan yang terjadi akadnya berubah menjadi akad utang. Karena kaidah terjaminnya pengembalian modal atau harta shohibul maal terdapat pada akad utang.

Menurut Erwandi Tarmidzi, perbedaan mendasar antara mudharabah dengan qardh (kredit) adalah dana yang diterima oleh mudharib tidak dijamin dari kerugian, sedangkan dana yang diterima dari kreditur wajib dijamin oleh pihak debitur, maka, jika mudharib disyaratkan menjamin dana yang diterimanya dari kerugian, maka akad mudharabah berubah menjadi akad qardh. Dan ketika pihak pemberi dana menerima bagi hasil sesungguhnya ia menerima bunga (riba). karena akad mudharabah nya telah berubah menjadi akad pinjaman berbunga tidak tetap. Hal ini disepakati keharamannya oleh para ulama karena termasuk riba dayn.

Menurut keputusan dari OKI (Organisasi Kerjasama Islam atau Organisation of Islamic Cooperation) nomor 30, disebutkan : *"tidak boleh mensyaratkan mudharib untuk menjamin modal. Jika dipersyaratkan baik secara tersurat ataupun tersirat, maka syarat untuk menjamin modal adalah batal dan mudharib berhak atas keuntungan wajar (ribh al mitsl)."*

Keputusan OKI tersebut seiring dengan standar syariah nomor 45 yang dikeluarkan oleh AAOIFI (The Accounting and Auditing Organization for Islamic Financial Institutions) *"Dasar hukum ketidakbolehan adanya penjaminan oleh pengelola investasi adalah kesepakatan para ahli fikih yang menyatakan bahwa pengelola tidak bertanggung jawab atas pengembalian modal kecuali pada saat ta 'addi atau taqshir. Hal tersebut disebabkan*

*pengelola menerima modal atas izin pemiliknya dan mengelolanya untuk kepentingan pemilik modal. Dengan demikian, pengelola adalah wakil pemilik modal dalam kewenangan dan pembuatan hukum. Hal itu menyebabkan kerusakan atau kerugian modal di tangan pengelola itu sama dengan kerusakan atau kerugian di tangan pemiliknya karena pengelola menerima modal atas izin pemiliknya dan pada dasarnya pengelola terlepas dari dhaman (jaminan pengembalian modal). Oleh karena itu pengelola tidak boleh diminta untuk menjamin modal yang diterimanya kecuali atas perintah syara."*namun, ada pendapat yang berbeda yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia melalui fatwanya nomor 105/DSN-MUI/X/2016 tentang Penjaminan Pengembalian Modal Pembiayaan Mudharabah, Musyarakah dan Wakalah bil Istitsmar.

Dalam fatwanya tersebut, Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia memberikan ketentuan khusus yang terdapat pada bab pedua angka 3 yang berbunyi :*"3. Pengelola boleh menjamin pengembalian modal atas kehendaknya sendiri tanpa permintaan dari Pemilik Modal."*

Menurut pendapat Imam Al Kasany, alasan tentang dibolehkannya meminta dan menggunakan agunan sebagai penjamin dalam pembiayaan mudharabah yaitu:⁵¹

- a. Akad mudharabah yang disepakati para pihak awalnya didasarkan dari kerelaan sahibul mal untuk menyerahkan kekayaan yang dimilikinya untuk dikelola oleh mudharib. Kerelaan tersebut menjadi tanggung jawab bagi mudharib untuk memelihara dan menjaga amanah sehingga realisasi investasi mudharabah akan berjalan dengan baik. Dengan dasar itu pula wewenang akan diberikan kepada mudharib sangat luas demi untuk memastikan keleluasaan dalam mengelola usaha.
- b. Dalam pengelolaan usaha bisnis dengan akad mudharabah, pengelola menempati posisi sebagai wakil dari pemilik modal. Meskipun tidak dilakukan akad wakalah dalam perjanjian pokoknya, mudharib memiliki posisi yang kuat sebagai pemegang amanah dan mengemban mandat untuk mengelola harta pemodal dengan baik supaya dapat mendatangkan keuntungan melalui harta yang telah dipercayakan kepadanya. Dalam akad mudharabah mengandung nilai amanah dan wakalah yang mengharuskan mudharib secara professional mengelola usaha dengan memperhitungkan resiko, dengan kesadaran yang dimiliki mudharin akan merasakan juga dampak dari kerugian tersebut baik secara materiil maupun non materiil.

⁵¹Imam al-Kasany, *Badai'u al-Shana'i*, Jilid VI hlm. 88.

B. AKAD MUDHARABAH DALAM PERBANKAN SYARIAH DI INDONESIA

Mudharabah merupakan salah satu dari sekian bentuk pembiayaan dari Bank Syari'ah. Menurut Muhammad, Pembiayaan adalah pendanaan yang diberikan oleh suatu pihak kepada pihak lain untuk mendukung investasi yang telah direncanakan, baik dilakukan sendiri maupun lembaga. Dengan kata lain, pembiayaan adalah pendanaan yang dikeluarkan untuk mendukung investasi yang telah direncanakan. Fungsi dari pembiayaan yaitu meningkatkan daya guna, peredaran dan lalu lintas uang, meningkatkan daya guna dan peredaran barang, meningkatkan aktivitas atau investasi dan pemerataan pendapatan, sebagai asset terbesar yang menjadi sumber pendapatan terbesar bank.⁵²

Pemberlakuan skim mudharabah pada Bank Syari'ah di Indonesia selain harus memenuhi kaidah-kaidah syari'ah juga harus memperhatikan ketentuan hukum positif berupa peraturan perundang-undangan di Indonesia. Hal tersebut sama artinya seperti harus mengkolaborasi dua system hukum untuk mengatur mengenai perbankan syari'ah yaitu hukum islam dan hukum nasional. Semenjak tahun 1990, Majelis Ulama Indonesia telah merintis lahirnya Bank Syari'ah di Indonesia melalui rekomendasi hasil lokakarya Majelis Ulama Indonesia, dari hasil rekomendasi lokakarya tersebut, lahirlah Bank Syari'ah pertama di Indonesia yaitu Bank Muamalat Indonesia. Namun pada saat itu, pengaturan mengenai perbankan syari'ah masih terlalu umum dan belum terpisah dari aturan bank konvensional.⁵³

Pengaturan perbankan syari'ah di Indonesia saat ini diatur di dalam Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Undang-undang ini merupakan pengganti undang-undang terdahulu yaitu Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan dan

⁵²Muhammad, *Sistem dan Prosedur Operasional Bank Syari'ah*, UII Pers, Yogyakarta, 2000, hlm. 94.

⁵³bank konvensional adalah suatu jenis lembaga keuangan yang memberikan jasa, misalnya menghimpun dana dari masyarakat, menyalurkan dana kepada masyarakat dalam bentuk kredit, dan memperlancar transaksi perdagangan dengan menggunakan sistem perhitungan bunga (interest forgone); oleh Moh. Ali Wafa, *Hukum Perbankan Dalam Sistem Operasional Bank Konvensional dan Bank Syari'ah*, *Jurnal Koordinat*, vol. XVI no. 2 Oktober 2017.

Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan.

Pada Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan, secara eksplisit tidak disebutkan adanya Bank Syari'ah, bahkan kata syari'ah pun tidak ditemui dalam undang-undang tersebut. Pada undang-undang tersebut, terdapat penyebutan bagi hasil yang merupakan kaidah syari'ah.

Pada pasal 6 huruf m Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan disebutkan: usaha bank umum meliputi menyediakan pembiayaan bagi nasabah berdasarkan prinsip bagi hasil sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan dalam Peraturan Pemerintah; pada pasal 13 huruf c dalam menjabarkan usaha bank perkreditan rakyat juga menyebutkan prinsip bagi hasil dengan redaksional yang sama dengan pasal 6 diatas. Sehingga, dapat disimpulkan bahwa pada undang-undang ini, peraturan mengenai Bank Syari'ah belum diakomodir secara nyata, sehingga kemudian pemerintah mengeluarkan Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan sebagai penyempurnaan.

Undang-undang Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan secara eksplisit tidak hanya menjabarkan mengenai kaidah bagi hasil, namun sudah lebih jelas menjabarkan mengenai prinsip syariah, bahkan dalam Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan ini juga telah dijelaskan mengenai jenis pembiayaan yang berdasarkan prinsip syari'ah.

Pasal 1 ayat (12) Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan menjelaskan mengenai pembiayaan berdasarkan prinsip syariah, yaitu penyediaan uang atau tagihan yang dipersamakan dengan itu berdasarkan persetujuan atau kesepakatan antara bank dengan pihak lain yang

mewajibkan pihak yang dibiayai untuk mengembalikan uang atau tagihan tersebut setelah jangka waktu tertentu dengan imbalan atau bagi hasil; dan dalam Pasal 1 ayat (13) dijelaskan mengenai maksud prinsip syari'ah itu sendiri.

Prinsip syari'ah adalah penyediaan uang aturan perjanjian berdasarkan hukum Islam antara bank dengan pihak lain untuk menyimpan dana dan atau pembiayaan kegiatan usaha, atau kegiatan lainnya yang dinyatakan sesuai dengan syariah, antara lain pembiayaan berdasarkan prinsip bagi hasil (*mudharabah*), pembiayaan berdasarkan prinsip penyertaan modal (*musharakah*), prinsip jual beli barang dengan memperoleh keuntungan (*murabahah*), atau pembiayaan barang modal berdasarkan prinsip sewa murni tanpa pilihan (*ijarah*), atau dengan adanya pilihan pemindahan kepemilikan atas barang yang disewa dari pihak bank oleh pihak lain (*ijarah wa iqtina*).

Meskipun sudah lebih lengkap mengatur mengenai perbankan syariah, namun pengaturan bank syariah dalam satu undang-undang dengan bank konvensional dirasa masih belum memuaskan, hal tersebut dikarenakan karakteristik bank syariat yang sangat berbeda dengan bank konvensional. Hingga akhirnya pada tahun 2008 Pemerintah mengesahkan peraturan tentang bank syariah yang terpisah dengan aturan bank konvensional.

Pada tahun 2008 pemerintah secara resmi mengesahkan Undang-undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Dalam undang-undang ini terdapat hal baru yang diatur mengenai bank syariah, yaitu mengenai tata kelola, prinsip kehati-hatian, manajemen resiko, penyelesaian sengketa, otoritas fatwa dan komite perbankan syariah serta pembinaan dan pengawasan perbankan syariah.⁵⁴ Dengan terpisahnya aturan mengenai bank konvensional dan bank syariah, tentu hal tersebut merupakan upaya untuk menjaga prinsip-prinsip bank syariah agar tetap sesuai dengan kaidah syariat namun tetap mempunyai landasan yuridis yang jelas.

⁵⁴BAB VI Undang-undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.

Dengan lahirnya bank syariah yang beroperasi berdasarkan prinsip bagi hasil sebagai alternatif pengganti bunga pada bank konvensional, merupakan peluang bagi umat Islam untuk memanfaatkan jasa bank secara optimal, tanpa ada keraguan melanggar syariat Islam.

Bank syariah memiliki kegiatan utama berupa penghimpunan dana dari masyarakat melalui simpanan dalam bentuk giro, tabungan dan deposito yang menggunakan prinsip *wadi'ah dlamannah* (titipan) dan *mudharabah* (investasi bagi hasil) kemudian menyalurkan kembali dana tersebut kepada masyarakat umum dalam berbagai bentuk skim seperti jual beli/ *al ba'I* (*murabahah, salam dan istishna*) sewa (*ijarah*) dan bagi hasil (*musyarakah dan mudharabah*) serta produk pelengkap yakni *fee based service* seperti *hiwalah* (alih piutang) *rahn* (gadai) *qard* (utang piutang), *wakalah* (perwakilan, *agency*) *kafalah* (garansi bank).⁵⁵

Dalam hubungan antara bank syariah dan masyarakat, maka keduanya sama-sama bergantung pada kepercayaan, disatu sisi masyarakat percaya bahwa bank syariah maupun sistem perbankan syariahnya sudah memenuhi ketentuan syariah, disisi lain perbankan juga harus menjaga kepercayaan dari masyarakat yang memberikan perlindungan hukum terhadap kepentingan masyarakat, terutama kepentingan nasabah dari bank yang bersangkutan.⁵⁶ Terlebih lagi dalam akad *mudharabah* yang notabene merupakan akad kepercayaan (*amanah*).⁵⁷

Selain diatur dalam Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, dalam menjalankan praktek perbankan, maka perbankan syaria'ah juga harus tunduk terhadap aturan yang dibuat oleh Bank Indonesia yang memang berwenang mengawasi dan mengatur kegiatan perbankan di Indonesia.⁵⁸ Peraturan yang harus diperhatikan oleh Lembaga Keuangan Syaria'ah antara lain :

⁵⁵Widjanarto, *Hukum dan Ketentuan Perbankan di Indonesia*, Jakarta, Pustaka Utama Grafiti, 2003.

⁵⁶Hermansyah, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2009

⁵⁷Ah. Azharuddin Lathil, Dosen Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, Jakarta dengan judul *Penerapan Hukum Jaminan Dalam Pembiayaan di Perbankan syariah*.

⁵⁸Undang-undang nomor 23 tahun 1999 tentang Bank Indonesia

1. Peraturan Bank Indonesia nomor 10/16/PBI/208 tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syari'ah.

Dalam peraturan diatas, dijelaskan mengenai definisi akad⁵⁹ pada Bank Syari'ah, karena memang kata akad dalam perbankan hanya terdapat pada Bank Syari'ah.

Selain menjelaskan definisi akad, peraturan tersebut juga menjabarkan jenis pembiayaan pada Bank Syari'ah serta padanan atau persamaan dengan bank konvensional, yaitu:

- a. transaksi bagi hasil dalam bentuk *mudharabah* dan *musyarakah*;⁶⁰
- b. transaksi sewa-menyewa dalam bentuk *ijarah* atau sewa beli dalam bentuk *ijarah muntahiyabittamlik*;
- c. transaksi jual beli dalam bentuk *piutang murabahah*, *salam*, dan *istishna*';
- d. transaksi pinjam meminjam dalam bentuk *piutang qardh*; dan
- e. transaksi sewa-menyewa jasa dalam bentuk *ijarah* untuk transaksi multijasa.

Di dalam Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008 tentang Perubahan atas Peraturan Bank Indonesia Nomor 9/19/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syari'ah, Bank Indonesia menegaskan kewajiban Bank Syari'ah untuk melakukan pemenuhan prinsip syariah sebagaimana dimaksud

⁵⁹Pasal 1 angka 7 Peraturan Bank Indonesia nomor 9/19/PBI/2007 tentang Pelaksanaan Prinsip Syariah Dalam Kegiatan Penghimpunan Dana dan Penyaluran Dana Serta Pelayanan Jasa Bank Syari'ah, yang kutipannya berbunyi "7. Akad adalah kesepakatan tertulis antara Bank Syariah atau UUS dan pihak lain yang memuat adanya hak dan kewajiban bagi masing-masing pihak sesuai dengan Prinsip Syariah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah."

⁶⁰Transaksi ini tidak ada padanan atau persamaan dengan bank konvensional karena transaksi ini murni terdapat pada kaidah syariah.

dalam Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah serta larangan adanya gharar⁶¹, maysir⁶², riba⁶³, zalim⁶⁴ dan obyek haram⁶⁵.

2. Peraturan Bank Indonesia nomor 10/17/PBI/2008 tentang Produk Bank Syariah dan Unit Usaha Syariah

Dalam peraturan ini diatur mengenai produk Bank Syariah, tentang bagaimana mengajukan produk baru dan persetujuan Bank Indonesia mengenai produk baru yang diajukan oleh Bank Syariah tersebut.

3. Peraturan Bank Indonesia nomor 10/18/PBI/2008 tentang Restrukturisasi Pembiayaan Bagi Bank Umum Syariah Dan Unit Usaha Syariah.

Dalam peraturan ini dijelaskan mengenai Restrukturisasi Pembiayaan dalam rangka membantu nasabah agar dapat menyelesaikan kewajibannya, yaitu dengan cara:

- a. Penjadwalan kembali (*rescheduling*), yaitu perubahan jadwal pembayaran kewajiban nasabah atau jangka waktunya;
- b. Persyaratan kembali (*reconditioning*), yaitu perubahan sebagian atau seluruh persyaratan Pembiayaan, antara lain perubahan jadwal pembayaran, jumlah angsuran, jangka waktu dan/atau pemberian potongan sepanjang tidak menambah sisa kewajiban nasabah yang harus dibayarkan kepada Bank;
- c. Penataan kembali (*restructuring*), yaitu perubahan persyaratan Pembiayaan tidak terbatas pada *rescheduling* atau *reconditioning*, antara lain meliputi:
 - 1) penambahan dana fasilitas Pembiayaan Bank;
 - 2) konversi akad Pembiayaan;
 - 3) konversi Pembiayaan menjadi surat berharga syariahberjangka waktu menengah;
 - 4) konversi Pembiayaan menjadi penyertaan modal sementara pada perusahaan nasabah.

⁶¹“Gharar” adalah transaksi yang objeknya tidak jelas,tidak dimiliki, tidak diketahui keberadaannya, atautidak dapat diserahkan pada saat transaksi dilakukankecuali diatur lain dalam syariah. (penjelasan pasal 2 ayat (1) Peraturan Bank Indonesia Nomor 10/16/PBI/2008)

⁶²“Maysir”, yaitu transaksi yang digantungkan kepadasuatu keadaan yang tidak pasti dan bersifatuntunguntungan; (ibid)

⁶³“Riba”, adalah pemastian penambahan pendapatansecara tidak sah (bathil) antara lain dalamtransaksipertukaran barang sejenis yang tidak sama kualitas,kuantitas, dan waktu penyerahan(fadh1), atau dalamtransaksi pinjam-meminjam yang mempersyaratkanasabah penerima fasilitas mengembalikan dana yangditerima melebihi pokok pinjaman karena berjalannyawaktu (nasiah).

⁶⁴“Zalim”, adalah transaksi yang menimbulkanketidakadilan bagi pihak lainnya.

⁶⁵“Objek Haram”, adalah suatu barang atau jasa yangdiharamkan dalam syariah.

Peraturan-peraturan diatas adalah peraturan yan mengatur regulasi perbankan syari'ah maupun Bank Syari'ah secara umum, secara khusus pengaturan yang lebih spesifik mengenai transaksi mudharabah juga tidak boleh lepas dari ketentuan peraturan perundang-undangan supaya sah secara formal maupun materiil.

1. Syarat Formil dan Materiil Akad Mudharabah Sesuai Hukum Islam dan Kitab Undang Undang Hukum Perdata.

Salah satu bentuk kompilasi hukum yang terjadi dalam perbankan syari'ah adalah mengenai penyebutan akad mudharabah untuk menyebut transaksi mudharabah, bukan perjanjian mudharabah ataupun kontrak mudharabah. Dalam Peraturan Bank Indonesia yang mengatur mengenai perbankan syari'ah tidak akan kita temui istilah perjanjian untuk menyebut kontrak pembiayaan, melainkan menggunakan kata akad. Padahal lazimnya, bank Konvensional menggunakan istilah Perjanjian Kredit untuk menyebut perjanjian atau perikatan⁶⁶ yang terjadi. Hal tersebut karena memang kaidah hukum syari'ah yang bersumber pada Al Qur'an dan Hadits hanya mengenal kata akad.

Menurut bahasa akad mempunyai beberapa arti diantaranya adalah *aqdu* yang berarti mengikat dan *ahdu* yang berarti janji.⁶⁷ Dalam Al Qur'an, kata akad muncul pada Surat Al Maidah ayat 1 yaitu:

يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَوْفُوا بِالْعُقُودِ

Artinya: “hai orang-orang beriman, penuhilah aqad-aqad itu.”

⁶⁶Menurut Subekti, Perikatan adalah suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak, berdasarkan mana pihak yang berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu. Sedangkan perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seorang lain atau di mana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan suatu hal. l

⁶⁷Mahmud Yunus, *Kamus Arab-Indonesia*, PT Hidakarya Agung, Jakarta, 1989, hlm.274

Kata “*ahdu*” di dalam ayat al-Qur’an di atas mengacu kepada ungkapan seseorang untuk mengerjakan sesuatu atau tidak mengerjakannya dan tidak ada kaitannya dengan orang lain. Perjanjian yang dibuat seseorang tidak memerlukan persetujuan pihak lain, baik setuju maupun tidak persetujuan pihak lain tidak akan mempengaruhi janji yang dibuat oleh pihak yang terkait dalam perjanjian.⁶⁸

Istilah akad atau kontrak berasal dari bahasa arab yang berarti ikatan atau simpulan baik ikatan yang Nampak (*hissy*) maupun tidak nampak (*ma’nawi*)⁶⁹. Sedangkan akad dan kontrak adalah suatu kesepakatan atau komitmen bersama baik lisan, isyarat, maupun tulisan antara dua belah pihak atau lebih yang memiliki implikasi hukum yang mengikat untuk melaksanakannya. Berikut adalah definisi akad dari beberapa literature, antara lain:

- a. Menurut Gemala Dewi, Wirduyaningsih dan Yeni Salma Barlinti, akad merupakan salah satu istilah dalam Al Qur'an yang berhubungan dengan perjanjian.⁷⁰
- b. Menurut Abdul Aziz Muhammad Azzam, akad ialah ikatan, pengokohan dan penegasan dari satu pihak atau kedua belah pihak”.⁷¹
- c. Menurut Ascara, secara khusus akad berarti kesetaraan antara ijab (pernyataan atau penawaran atau pemindahan kepemilikan) dan kabul (pernyataan penerima kepemilikan) dalam lingkup yang diisyaratkan dan pengaruh pada sesuatu.⁷²
- d. Menurut komplikasi Hukum Ekonomi Syariah, akad adalah kesepakatan dalam suatu perjanjian antara dua pihak atau lebih untuk melakukan perbuatan hukum tertentu.⁷³
- e. Menurut Ahmad Azhar Baasyir, akad adalah suatu perikatan antara ijab dan qabul dengan cara yang dibenarkan syara’ yang menetapkan adanya akibat-akibat hukum pada obyeknya. Ijab adalah pernyataan pada pihak pertama mengenai isi perikatan yang diinginkan, sedangkan qabul adalah pernyataan pihak kedua untuk menerimanya.⁷⁴

⁶⁸Sholikul Hadi, *Fiqh Muamalah*, Nora Interprise, Kudus, 2011, hlm.45

⁶⁹Novi Ratna Sari, *Komparasi Syarat Sah nya perjanjian Menurut Kitab undang-undang Hukum Perdata dan Hukum Islam*, Jurnal Repertorium Volume IV No. 2 Juli- Desember 2017, Universitas Sebelas Maret Surakarta.

⁷⁰Gemala Dewi Wirduyaningsih dan Yeni Salma Barlinti, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, 2007. Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta. Hlm. 45.

⁷¹Muhammad Azzam Abdul Aziz, *Fiqh Muamalat*, Jakarta : Amzah, 2010, hlm.15.

⁷²Ascara, *Akad dan Produk Bank Syariah*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007, hlm. 35.

⁷³Mardani, *Fiqh Ekonomi Syariah*, Jakarta: Kencana, 2012, hlm. 71.

⁷⁴Ahmad Azhar Basyir, *op. cit.*

- f. Menurut Wardah Yuspin, akad merupakan perjanjian atau kesepakatan para pihak untuk mengikat diri terhadap perbuatan hukum tertentu yang menimbulkan hak dan kewajiban yang dilakukan sesuai dengan syariah. Menurut Pasal 1313 KUH Perdata perjanjian adalah sebagai “suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih”.⁷⁵

Secara istilah fiqih, akad di definisikan dengan “pertalian ijab (pernyataan penerimaan ikatan) dan kabul (pernyataan penerimaan ikatan) sesuai dengan kehendak syariat yang berpengaruh kepada objek perikatan. Pencantuman kata-kata yang “sesuai dengan kehendak syariat” maksudnya bahwa seluruh perikatan yang dilakukan oleh dua pihak atau lebih tidak dianggap sah apabila tidak sejalan dengan kehendak syaria”. Misalnya, kesepakatan untuk melakukan transaksi riba, menipu orang lain, atau merampok kekayaan orang lain. Adapun pencantuman kata-kata “berpengaruh kepada objek perikatan” maksudnya adalah terjadinya perpindahan pemilikan dari satu pihak (yang melakukan ijab) kepada pihak lain (yang menyatakan qabul).⁷⁶

Definisi akad diatas tidak jauh beda dengan definisi perjanjian atau perikatan dalam hukum positif di Indonesia, antara lain:

- a. Menurut Albulkadir Muhammad, perikatan adalah hal yang mengikat antara orang yang satu dan orang yang lain.⁷⁷
- b. Menurut Wierjono Rodjodikoro, perjanjian, yaitu suatu perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak, dalam mana satu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan suatu hal atau untuk tidak melakukan sesuatu hal, sedangkan pihak lain berhak untuk menuntut pelaksanaan perjanjian tersebut.⁷⁸
- c. Menurut M. Yahya Harahap, perjanjian maksudnya adalah hubungan hukum yang menyangkut hukum kekayaan antara 2 (dua) orang atau lebih, yang memberi hak pada satu pihak dan kewajiban pada pihak lain tentang suatu prestasi.⁷⁹

⁷⁵Wardah Yuspin. *Penerapan Prinsip Syariah Dalam Pelaksanaan Akad Murabahah. Jurnal Ilmu Hukum*, 2007. Vol. 10:57

⁷⁶Abdul Rahman Ghazaly, *Fiqh Muamalat*, Jakarta : Kencana, 2010, hlm. 51

⁷⁷Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, Bandung : PT Citra Aditya Bakti 2000, hlm.198

⁷⁸Wirjono Rodjodikoro, *Asas-asas hukum perjanjian*, Mazdar Madju Bandung, 2000, hlm. 4.

⁷⁹M Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 6

- d. Menurut Setiawan, perjanjian adalah suatu perbuatan hukum dimana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya atau saling mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.⁸⁰
- e. Menurut Syahmin AK, dalam bentuknya perjanjian itu berupa suatu rangkaian perkataan yang mengandung janji-janji atau kesanggupan yang diucapkan atau ditulis.⁸¹
- f. Menurut Purwahid Patrik, perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lainnya atau lebih”.⁸²
- g. Menurut Handri Raharjo, perjanjian adalah satu perbuatan dengan mana satu orang, atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang atau lebih.⁸³

Secara substansi, terdapat kesamaan makna antara definisi akad dalam kaidah syari'ah dan definisi perjanjian/perikatan dalam hukum perdata, hanya berbeda redaksional. Sehingga, supaya akada dapat memenuhi ketentuan syarat formil dan materiil sebuah perjanjian menurut hukum perdata, maka akad yang dilakukan pada Bank Syari'ah selain harus memenuhi kaidah syari'ah juga harus tunduk dan patuh terhadap ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku khususnya ketentuan dalam Kitab Undang Undang Hukum Perdata.

Dalam uraian sebelumnya, terdapat rukun dan syarat mengenai transaksi mudharabah, maka dalam uraian ini akan menjabarkan rukun dan syarat dalam akad, sehingga kemudian dapat diambil benang merah akad mudharabah yang sesuai dengan kaidah syari'ah dan memenuhi ketentuan yuridis formal dan materiil perjanjian.

Dalam kaidah Syari'ah, terdapat Rukun dan Syarat yang harus dipenuhi supaya akad menjadi sah.rukun akad antara lain:

- a. Aqid, adalah orang yang berakad, terkadang masing-masing pihak terdiri dari satu orang, terkadang lebih dari beberapa orang.⁸⁴ Kedua belah pihak yang melakukan

⁸⁰Setiawan, *Pokok-pokok hukum perikatan*, Alumni, Bandung, 1979, hlm. 4

⁸¹Syahmin, *Hukum Kontrak Internasional*, Raja Grafindo Persara, Jakarta, 2006, hlm 140

⁸²Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, Bandung : Mandar Maju, 1994, hlm. 49

⁸³Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustitia, Yogyakarta, 2009, hlm. 41.

⁸⁴Aqid yang terdiri dari masing-masing satu orang contohnya seperti jual beli beras, yang terdiri dari hanya satu penjual dan satu pembeli, sedangkan aqid yang terdiri lebih dari beberapa orang contohnya adalah wakaf yang nadzirnya terdiri dari beberapa orang.

- akad harus sudah mencapai usia baligh, bertanggung jawab dan dapat mengelola objek akad dengan baik.
- b. Ma'qud alaih, adalah benda-benda yang diakadkan. Seperti benda-benda yang dijual dalam akad jual beli, dalam akad hibah, dalam akad gadai, hutang yang dijamin seseorang dalam akad kafalah.
 - c. Maudhu' al-'aqd, adalah tujuan atau maksud pokok mengadakan akad. Seandainya berbeda akad, maka berbedalah tujuan pokok akad.⁸⁵
 - d. Sighat al-'aqd, adalah ijab dan kabul. Ijab adalah permulaan penjelasan yang keluar dari salah seorang yang berakad sebagai gambaran kehendaknya dalam mengadakan akad, sedangkan kabul adalah perkataan yang keluar dari pihak yang berakad pula, yang diucapkan setelah adanya ijab. Pengertian ijab kabul adalah bertukarnya sesuatu dengan yang lain sehingga penjual dan pembeli dalam membeli sesuatu terkadang tidak berhadapan.⁸⁶ Ijab dan Kabul boleh dinyatakan dalam bentuk ucapan maupun tulisan.⁸⁷

Sedangkan syarat-syarat akad yang merupakan syarat yang melekat pada unsur-unsur pembentuk terjadinya sebuah akad yang ditentukan oleh syara' yang wajib disempurnakan, antara lain:⁸⁸

- a. Syarat-syarat yang bersifat umum, adalah syarat-syarat yang wajib sempurna wujudnya dalam berbagai akad. Syarat umum yang wajib dipenuhi antara lain:
 - 1) Kedua orang yang melakukan akad cakap bertindak, tidak sah akad orang yang tidak cakap bertindak, seperti orang gila, orang yang berada di bawah pengampuan karena boros atau lainnya.
 - 2) Yang dijadikan objek akad dapat menerima hukumnya.
 - 3) Akad itu diijinkan oleh syara', dilakukan oleh orang yang mempunyai hak melakukannya walaupun dia bukan aqid yang memiliki barang.
 - 4) Tidak boleh melakukan akad yang dilarang oleh syara', seperti jual beli mulasamah.

⁸⁵Contohnya pada akad mudharabah, maka tujuan pokok akad adalah menginvestasikan sejumlah harta untuk mendapatkan keuntungan, dengan resiko siap rugi. Maka jika kemudian dalam akad mudharabah ada tujuan untuk menjamin pengembalian harta shohibul maal maka akad mudharabah menjadi batal karena sudah berbeda tujuan.

⁸⁶Menurut Dimyauddin Djuawaini dalam bukunya Pengantar fiqh muamalah, Pustaka Kencana, Yogyakarta 2010 halaman 51, Pengertian ijab qabul dalam pengalaman dewasa ini ialah bertukarnya sesuatu dengan yang lain sehingga penjual dan pembeli dalam membeli sesuatu terkadang tidak berhadapan atau ungkapan yang menunjukkan kesepakatan dua pihak yang melakukan akad, misalnya yang berlangganan majalah, pembeli mengirim uang melalui pos wesel dan pembeli menerima majalah tersebut dari kantor pos.

⁸⁷Veithzal Rivai, Arifiandy Permata Veithzal, Marissa Greace Haque Fawzi, *Islamic Transaction In Business Dari Teori Ke Praktik*, Bumi Aksara, Jakarta, 2011, hlm.9

⁸⁸Ismail Nawawi, *Fikih Muamalah Klasik dan Kontemporer: Hukum Perjanjian, Ekonomi, Bisnis dan Sosial*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2012, hlm.21

- 5) Akad dapat memberikan manfaat.
 - 6) Ijab itu berjalan terus, tidak dicabut sebelum terjadinya Kabul. Maka bila orang yang berijab menarik kembali ijabnya sebelum Kabul maka batallah ijabnya.
 - 7) Ijab dan Kabul mesti bersambung sehingga bila seseorang yang berijab sudah berpisah sebelum akadnya Kabul, maka ijab tersebut menjadi batal.
- b. Syarat-syarat yang bersifat khusus, adalah syarat-syarat yang wujudnya wajib ada dalam sebagian akad. Syarat khusus ini bisa juga disebut syarat idhafi (tambahan) yang harus ada disamping syarat-syarat umum, seperti adanya saksi dalam pernikahan.

Selain harus memenuhi rukun dan syarat akad sesuai syari'ah maka akad juga harus memenuhi ketentuan hukum positif. Dalam kaidah hukum positif sesuai dengan ketentuan Kitab Undang Undang Hukum Perdata maka sebuah perjanjian supaya terjadi persetujuan yang sah, perlu dipenuhi empat syarat yaitu:⁸⁹

- a. Kesepakatan mereka yang mengikatkan dirinya;
- b. Kecakapan untuk membuat suatu perikatan;
- c. Suatu pokok persoalan tertentu; dan
- d. Suatu sebab yang tidak terlarang.

Syarat yang pertama adalah sepakat, dimaksudkan bahwa kedua pihak yang mengadakan perjanjian itu harus bersepakat, setuju atau seiya-sekata mengenai hal-hal pokok dari perjanjian yang diadakan itu.⁹⁰

Syarat yang kedua adalah cakap, dimaksudkan bahwa orang yang membuat suatu perjanjian haruslah cakap menurut hukum. Pada dasarnya, setiap orang yang sudah dewasa atau akil baligh dan sehat pikirnya, adalah cakap menurut hukum.⁹¹

⁸⁹Lukman Santoso Az, *Hukum Perikatan: Teori Hukum dan Tekhnis Pembuatan Kontrak, Kerja sama dan Bisnis*. Setara Pers, Malang, 2016.

⁹⁰R. Soebekti, *Hukum Perjanjian*, Jakarta : Intermasa, 1979.

⁹¹ibid

Syarat yang ketiga yaitu harus mengenai suatu hal tertentu, artinya adalah apa yang diperjanjikan hak-hak dan kewajiban kedua belah pihak jika timbul suatu perselisihan. Barang yang dimaksudkan dalam perjanjian paling sedikit harus ditentukan jenisnya. Bahwa barang itu sudah ada atau sudah berada ditangan pihak yang berhutang pada waktu perjanjian ini dibuat dan tidak diharuskan oleh undang-undang.⁹²

Syarat keempat yaitu adanya sebab yang halal, sebab dalam hal ini dimaksudkan bahwa tidak ada lain daripada isi dari perjanjian, sebab itu adalah sesuatu yang menyebabkan seorang membuat perjanjian yang termaksud.⁹³ Menurut panggabean, suatu sebab yang halal berarti sesuatu yang menyebabkan seorang membuat isi perjanjian, tetapi mengacu kepada isi dan tujuan perjanjian itu sendiri. Maksudnya, jika orang melakukan jual beli, maka penjual bertujuan mendapatkan uang dan pembeli bertujuan mendapatkan barang, sehingga jika syarat akad dalam kaidah syari'ah dibandingkan dengan syarat sahnya perjanjian dalam hukum perdata, maka akan didapatkan beberapa kesamaan yaitu:⁹⁴

Tabel Perbandingan Syarat Sahnya Perjanjian Antara Hukum Islam dengan Hukum Perdata

pembanding	Hukum Islam	Kitab Undang Undang Hukum Perdata
Adanya Syarat Kecakapan Dalam Membuat Perjanjian	Dalam hukum islam, manusia terbagi atas 3 bentuk kecakapan: ⁹⁵ a. Manusia yang tidak dapat melakukan akad apapun, seperti manusia yang cacat jiwa, cacat mental, anak kecil yang belum mummayiz ⁹⁶ . b. Manusia yang dapat melakukan akad tertentu, seperti anak yang	Kitab Undang Undang Hukum Perdata membagi subyek hukum menjadi dua, yaitu subyek hukum yang sudah cakap dan subyek hukum yang tidak cakap. Subyek hukum yang cakap adalah subyek hukum yang telah dewasa dengan ukuran kedewasaan berumur

⁹²ibid

⁹³ibid

⁹⁴Novi Ratna Sari, Komparasi Syarat Sahnya Perjanjian menurut Kitab Undang Undang Hukum Perdata dan Hukum Islam, *Jurnal Reportorium*, Vol IV No. 2 Juli – Desember 2017

⁹⁵Ghufron A. Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan ke 1 2002

⁹⁶Mummayiz menurut Kompilasi Hukum Islam adalah belum berumur 12 tahun.

	<p>sudah mummyiz, tetapi belum mencapai baligh⁹⁷.</p> <p>c. Manusia yang dapat melakukan seluruh akad, yaitu untuk yang telah memenuhi syarat-syarat mukallaf⁹⁸.</p>	<p>21 tahun dan atau sudah kawin.</p> <p>Subyek hukum yang tidak cakap secara hukum untuk membuat kontrak:⁹⁹</p> <ol style="list-style-type: none"> Anak yang belum dewasa Orang-orang yang berada dibawah pengampuan. Perempuan yang telah kawin dalam hal-hal yang ditentukan undang-undang dan pada umumnya semua orang yang oleh undang-undang dilarang untuk membuat persetujuan tertentu.¹⁰⁰
Adanya Kesepakatan	<p>Menurut Ahmad Azhar Basyir, Ijab Qabul dapat dilakukan dengan empat cara, yaitu :</p> <ol style="list-style-type: none"> Lisan, para pihak mengungkapkan kehendaknya dalam bentuk perikatan secara jelas. Tulisan. Hal ini dapat dilakukan oleh para pihak yang tidak dapat bertemu langsung dalam melakukan perikatan, atau untuk perikatan yang sifatnya lebih sulit seperti perikatan yang dilakukan oleh badan hukum. Isyarat. Suatu perikatan dapat pula dilakukan oleh orang cacat. Apabila cacatnya adalah berupa tunawicara, maka dimungkinkan akad dilakukan dengan isyarat. Perbuatan. Adanya perbuatan memberi dan menerima dari pihak yang telah saling memahami perbuatan perikatan tersebut dan segala akibat hukumnya. 	<p>Sudikno Mertokusumo menjabarkan 5 cara terjadinya persesuaian pernyataan kehendak, yaitu dengan:¹⁰¹</p> <ol style="list-style-type: none"> Bahasa yang sempurna dan tertulis Bahasa yang sempurna dan secara lisan Bahasa yang tidak sempurna asal diterima pihak lawan Bahasa isyarat asal dapat diterima oleh pihak lawannya Diam atau membisu, tetapi asal dipahami atau diterima pihak lawan.

⁹⁷Baligh adalah istilah dalam hukum islam yang menunjukkan seorang telah mencapai kedewasaan. Baligh secara bahasa artinya sampai, maksudnya telah sampainya usia seseorang pada tahap kedewasaan. Secara hukum islam, seorang dikatakan baligh jika mengetahui, memahami dan mampu membedakan mana yang baik dan mana yang buruk.

⁹⁸Mukallaf adalah muslim yang dikenai kewajiban atau perintah dan menjauhi larangan agama, dengan kata lain, mukallaf adalah muslim yang sudah dikenai hukum sempurna. Seorang dikatakan mukallaf bila telah dewasa dan tidak gila.

⁹⁹Menurut pasal 1330 Kitab Undang Undang Hukum Perdata

¹⁰⁰Namun berdasarkan SEMA nomor 3/1963 juncto Pasal 31 Undang-undang nomor 1 tahun 1974, perempuan yang masih terikat dalam perkawinan sudah cakap melakukan perbuatan hukum sendiri

¹⁰¹Sudikno Mertokusumo, *Rangkuman Kuliah Hukum Perdata*, Fakultas Pascasarjana, Universitas Gadjad Mada, Yogyakarta. 1987.

Obyek	<p>Syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam mahallul 'aqd adalah:¹⁰²</p> <ol style="list-style-type: none"> Objek Perikatan telah ada ketika akad dilangsungkan. Objek perikatan dibenarkan oleh syari'ah Objek akad harus jelas dan dikenali Objek dapat diserahkan 	<p>Menurut Kitab Undang Undang Hukum Perdata, yang menjadi objek perjanjian adalah prestasi (pokok perjanjian).</p> <p>Menurut yahya harahap, prestasi adalah apa yang menjadi hak kreditur.¹⁰³</p> <p>Prestasi terdiri atas:</p> <ol style="list-style-type: none"> Memberikan sesuatu; Berbuat sesuatu; Tidak berbuat sesuatu (pasal 1234 Kitab Undang Undang Hukum Perdata)
Kausa Yang Halal	<p>Maudhu 'ul 'aqd adalah tujuan dan hukum suatu akad disyaratkan untuk tujuan tersebut.</p> <p>Ahmad Azhar Ba'asyir menentukan syarat-syarat yang harus dipenuhi agar suatu tujuan akad dipandang sah dan mempunyai akibat hukum, yaitu sebagai berikut:</p> <ol style="list-style-type: none"> Tujuan akad tidak merupakan kewajiban yang telah ada atas pihak-pihak yang bersangkutan tanpa akad yang diadakan. Tujuan harus berlangsung adanya hingga berakhirnya pelaksanaan akad. Tujuan akad harus dibenarkan syara'. 	<p>Kitab Undang Undang Hukum Perdata tidak secara spesifik menjelaskan tentang definisi kausa yang halal, namun pada pasal 1337 Kitab Undang Undang Hukum Perdata disebut causa terlarang, yaitu apabila bertentangan dengan undang-undang, kesusilaan dan ketertiban umum.</p> <p>Menurut subekti, undang-undang menghendaki untuk sahnya perjanjian harus ada oorzak atau causa bisa berarti sebab, bisa juga berarti tujuan, yaitu apa yang dikehendaki oleh kedua belah pihak dengan mengadakan perjanjian.</p>

Syarat dan rukun akad diatas harus terpenuhi semua karena menurut subekti, jika syarat sahnya perjanjian tersebut tidak terpenuhi maka perjanjian batal demi hukum atau artinya dari semula perjanjian itu dianggap tidak pernah ada.

Selain syarat materiil yang harus dipenuhi oleh akad mudharabah sebagaimana tersebut diatas, maka akad mudharabah di perbankan syari'ah juga harus memenuhi syarat formil sebuah akad, yaitu haruslah berbentuk akta otentik.

Akta otentik sesuai dengan ketentuan pasal 1868 Kitab Undang Undang Hukum Perdata adalah suatu akta yang dibuat dalam bentuk yang ditentukan oleh undang-

¹⁰²Ghufron A. Mas'adi. 2002. *Op. cit.*

¹⁰³Yahya Harahap, *Segi-segi hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986

undang oleh atau di hadapan pejabat umum yang berwenang untuk itu ditempat akta itu dibuat. Akta otentik harus memenuhi apa yang dipersyaratkan dalam pasal 1868 Kitab Undang Undang Hukum Perdata, sifatnya komulatif atau harus meliputi semuanya, jika akta tidak memenuhi ketentuan pasal 1868, maka tidak dapat diperlakukan sebagai akta otentik, melainkan hanya mempunyai kekuatan sebagai tulisan dibawah tangan.¹⁰⁴

Agar suatu perjanjian mendapatkan kekuatan hukum, maka harus tercatat dihadapan notaris, karena itu setiap bisnis syari'ah termasuk didalamnya adalah bisnis syari'ah selalu membutuhkan notaris sebagai pejabat yang membuat akta otentik sesuai dengan tugasnya yang diatur dalam undang-undang nomor 2 tahun 2014.¹⁰⁵ Akta otentik tersebut dikenal dengan istilah notariil.¹⁰⁶

Bank sebagai lembaga keuangan, memanfaatkan jasa hukum notaris dalam setiap perjanjian bisnis, seperti: akad pembiayaan, perjanjian kredit, termasuk perjanjian tambahannya yakni mengenai pengikatan jaminan. Pada umumnya bank-bank konvensional lebih melibatkan Notaris dalam pembuatan akta perjanjian / perikatan dibandingkan dengan bank syariah, namun demikian, saat ini bank-bank syariah sebagai subsistem dari sistem perbankan nasional yang diatur secara khusus dalam undang-undang Perbankan syariah juga menggunakan jasa hukum notaris di dalam setiap kegiatan bisnisnya, terutama yang terkait dengan Akta Akad Pembiayaan. Selain itu, hal yang perlu ditekankan disini adalah produk-produk bank syariah menggunakan prinsip-prinsip dan asas-asas hukum ekonomi syariah, dengan kata lain, segala bentuk

¹⁰⁴Irma Devita, pembahasan klinik hukum di situs www.hukumonline.com tentang Akta Notaris sebagai Akta Otentik, 20 Maret 2015.

¹⁰⁵Ustad Aidil, *Mengenal Notaris Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011,

¹⁰⁶Menurut pasal 1 undang-undang Nomor 2 tahun 2014 tentang Perubahan Atas undang-undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris. Akta Notariil atau Akta Notaris yang selanjutnya disebut Akta adalah akta autentik yang dibuat oleh atau di hadapan Notaris menurut bentuk dan tata cara yang ditetapkan dalam Undang-Undang ini.

pencatatan perjanjian bisnis yang dituangkan dalam akta notarisnya pun harus pula merujuk kepada norma-norma hukum ekonomi syariah.¹⁰⁷

2. Prinsip Kehati-hatian pada Bank Syari'ah.

Dalam praktek perbankan, terdapat asas kehati-hatian yaitu *prudential standard* dimana salah satunya dengan adanya jaminan dari debitur, sehingga pihak bank syariah sebagai kreditur akan memiliki keyakinan sebagai syarat yang ditetapkan oleh ketentuan perundang-undangan. Menurut Permadi Gandapraja, dalam dunia perbankan istilah *prudent* digunakan dan diterjemahkan dengan hati-hati atau kehati-hatian (*prudential*).¹⁰⁸

Prinsip kehati-hatian dalam perbankan merupakan amanat dari undang-undang, pada pasal 29 ayat 2 Undang-undang Nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan menyebutkan bahwa Bank wajib memelihara tingkat kesehatan bank sesuai dengan ketentuan kecukupan modal, kualitas aset, kualitas manajemen, likuiditas, rentabilitas, solvabilitas, dan aspek lain yang berhubungan dengan usaha bank, dan wajib melakukan kegiatan usaha sesuai dengan prinsip kehati-hatian.

Tidak berbeda dengan Bank Konvensional, maka prinsip kehati-hatian juga terdapat pada Bank Syari'ah, yaitu pada ketentuan pasal 35 ayat 1 undang-undang perbankan syari'ah yang kutipannya berbunyi : Bank Syari'ah dan UUS dalam melakukan kegiatan usahanya wajib menerapkan prinsip kehati-hatian.

¹⁰⁷Pandam Nurwulan, Akad perbankan syari'ah dan Penerapannya dalam Akta Notaris Menurut Undang-undang Jabatan Notaris. *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* No. 3 Vol. 25, September 2018.

¹⁰⁸Permadi Gandapraja, *Dasar dan Prinsip Pengawasan Bank*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004. Hlm. 21

Dengan ditegaskannya prinsip kehati-hatian dalam peraturan perundang-undangan, berarti suatu penegasan yang secara implisit bahwa prinsip kehati-hatian ini sebagai salah satu asa terpenting yang wajib diterapkan dan dilaksanakan oleh bank dalam menjalankan kegiatan usahanya.¹⁰⁹ Dengan demikian, rambu-rambu kesehatan bank atau prudential principle harus mendapatkan perhatian-perhatian cermat dari setiap bank, baik bank yang semata-mata melakukan kegiatan berdasarkan prinsip-prinsip syari'ah saja maupun Bank Konvensional yang mempunyai Islamic window (memiliki cabang cabang khusus Bank Syari'ah).¹¹⁰

Prinsip kehati-hatian sangat diperhatikan dalam dunia perbankan di Indonesia mengingat sesuai ketentuan pasal 1 ayat 2 undang-undang Perbankan, bahwa bank adalah badan usaha yang menghimpun dana dari masyarakat dalam bentuk simpanan dan menyalurkannya kepada masyarakat dalam bentuk kredit atau bentuk lainnya dalam rangka meningkatkan taraf hidup rakyat. Sehingga prinsip kehati-hatian ini bertujuan untuk melindungi dana masyarakat.

Dalam berinvestasi bank memiliki prinsip untuk tidak pernah merugi, dan kemungkinan tersebut tidak akan terjadi selama bank tidak ikut menanggung kerugian yang dialami oleh nasabahnya (*commanditeringsverbod*)¹¹¹.

Penekanan prinsip kehati-hatian dalam pembiayaan Bank Syari'ah juga ditegaskan pada ketentuan pasal 23 undang-undang perbankan syari'ah yang kutipannya berbunyi:

- 1) Bank Syariah dan/atau UUS harus mempunyai keyakinan atas kemauan dan kemampuan calon Nasabah Penerima Fasilitas untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya, sebelum Bank Syariah dan/atau UUS menyalurkan dana kepada Nasabah Penerima Fasilitas.

¹⁰⁹Hermansyah, *op. cit.*

¹¹⁰Sutan Remi, *op. cit.*

¹¹¹Commanditeringsverbod yaitu adanya larangan bagi bank untuk menanggung resiko dan kerugian dari usaha nasabah. Commanditeringsverbod ini merupakan ketentuan yang berlaku di bank umum konvensional, karena bank tidak boleh merugi sehingga semua resiko bisnis nasabah ditanggung sendiri dan nasabah itu tetap memiliki kewajiban untuk membayar kredit yang telah diperoleh dari bank. Dari Sri Soedewi Masjhoen Sofwan, Hukum Jaminan di Indonesia Pokok-pokok Hukum Jaminan dan Jaminan Perorangan, Liberty Offset, Yogyakarta, 2003, Cetakan ketiga, halaman 46.

- 2) Untuk memperoleh keyakinan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Bank Syariah dan/atau UUS wajib melakukan penilaian yang saksama terhadap watak, kemampuan, modal, Agunan, dan prospek usaha dari calon Nasabah Penerima Fasilitas.

Dari ketentuan pasal diatas, dijelaskan mengenai adanya penilaian seksama terhadap watak, kemampuan, modal, agunan dan prospek usaha dari calon nasabah penerima fasilitas atau yang lebih lazim kita kenal dengan prinsip 5C yaitu Character, Capital, Capacity, Condition of Economy, Colateral.¹¹² Adapun penjelasan 5 C yaitu:

- a. *Character*, atau kepribadian atau watak adalah sifat atau watak seseorang nasabah pengambil pinjaman. Tujuannya adalah untuk memberikan keyakinan pada bank bahwa sifat atau watak dari orang-orang yang akan diberikan kredit benar-benar dipercaya. Character merupakan ukuran untuk menilai kemauan nasabah atau anggota untuk membayar kreditnya. Orang yang memiliki karakter baik akan berusaha untuk membayar kreditnya dengan berbagai cara. Calon Peminjam harus mempunyai reputasi yang baik.¹¹³

Menurut veithzal Rivai dan Andria Permata Veithzal alat yangdigunakan untuk memperoleh gambaran tentang karakter dari calonnasabah dapat dilakukan dengan cara antara lain:¹¹⁴

- 1) Meneliti riwayat hidup calon nasabah;
- 2) Meneliti reputasi calon nasabah tersebut dilingkungan usahanya;
- 3) Meminta *bank to bank information*;
- 4) Mencari informasi kepada asosiasi-asosiasi usaha dimana calon nasabah berada;
- 5) Mencari informasi apakah calon nasabah suka berjudi;

¹¹²Muhammad, *Manajemen Bank Syariah*, UPP AMP YKN, Yogyakarta, Hlm. 261.

¹¹³Rahmat Firdaus, Maya Ariyanti, *ManajemenPerkreditan Bank Umum:teori, masalah,kebijakan dan Aplikasinya Lengkap dengan Analisis Kredit*,Bandung:ALFABETA, 2008, hlm. 81

¹¹⁴Veithzal rivai, Andria Permata Veithzal, *Credit Management Handbook*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006. hlm. 290

- 6) Mencari informasi apakah calon nasabah memiliki hobi berfoya-foya.
- b. *Capacity* atau kemampuan, yaitu kemampuan nasabah untuk menjalankan usaha dan mengembalikan pinjaman yang diambil. *Capacity* dinilai untuk melihat kemampuan calon nasabah atau anggota dalam membayar pembiayaan yang dihubungkan dengan kemampuannya mengelola bisnis serta kemampuannya dalam mencari laba. Sehingga pada akhirnya akan terlihat kemampuannya dalam mengembalikan kredit yang disalurkan. Untuk mengukur *capacity*, dapat dilakukan melalui berbagai pendekatan, yaitu:¹¹⁵
- 1) historis, yaitu penilaian dengan menunjukkan perkembangan usaha yang dimilikinya minimal umur usaha lebih dari 2 tahun.
 - 2) Pendekatan Profesi, yaitu penilaian latar belakang pendidikan para pengurus perusahaan. Hal ini dilakukan untuk perusahaan yang menghendaki keahlian teknologi tinggi dan profesionalisme tinggi.
 - 3) Pendekatan yuridis, yaitu apakah calon nasabah mampu dan memiliki kapasitas untuk mewakili badan usaha yang diwakilinya untuk mengadakan perjanjian pembiayaan dengan bank.
 - 4) Pendekatan manajerial, yaitu menilai kemampuan dan ketrampilan nasabah dalam melaksanakan tugas dan kewajibannya memimpin perusahaan.
 - 5) Pendekatan teknis, yaitu penilaian kemampuan nasabah dalam hal mengelola factor-faktor produksi sehingga mampu menguasai pangsa pasar yang ditargetkan oleh perusahaan.

¹¹⁵Rohmatan, Analisis Implementasi Prinsip 5C dalam Upaya Pencegahan Pembiayaan Mudharabah Bermasalah di KSPPS BMT UMMAT SEJAHTERA (BUS) Cabang Cepu, 2015.

c. *Capital* atau modal, adalah modal usaha dari calon debitur harus dianalisis mengenai besar dan struktur modal nya yang terlihat dari neraca lajur perusahaan calon debitur. Jika terlihat baik, maka bank dapat memberikan kredit kepada Pemohon bersangkutan, tetapi jika tidak maka pemohon tidak akan mendapatkan kredit yang diinginkan. Semakin besar modal sendiri dalam perusahaan, tentu semakin tinggi kesungguhan calon nasabah dalam menjalankan usahanya dan bank akan merasa lebih yakin dalam memberikan kredit. Modal sendiri juga diperlukan bank sebagai alat kesungguhan dan tanggung jawab nasabah dalam menjalankan usahanya.¹¹⁶

d. *Collateral* atau jaminan merupakan jaminan yang diberikan calon nasabah baik yang bersifat fisik maupun non fisik yang dapat digunakan sebagai pengganti pembayaran apabila peminjam tidak dapat meneruskan angsuran kepada bank. Jaminan juga harus diteliti keabsahannya, maka jaminan yang dititipkan dapat dipergunakan secepat mungkin. Fungsi jaminan adalah sebagai pelindung bank dari resiko kerugian. Penilaian terhadap Collateral ini dapat ditinjau dari dua segi sebagai berikut:

- 1) Segi ekonomis, yaitu ekonomis dari barang-barang yang akan diagunkan.
- 2) Segi yuridis, yaitu apakah jaminan tersebut memenuhi syarat-syarat yuridis untuk dipakai sebagai jaminan.

Agunan yang dianggap paling aman adalah agunan setara uang tunai, yaitu setoran jaminan giro, tabungan, atau deposito pada bank yang

¹¹⁶ibid

mempunyai pinjaman. Sedangkan agunan yang paling umum diserahkan debitur adalah tanah dan bangunan.¹¹⁷

- e. *Condition of Economic* atau kondisi ekonomi, yaitu kondisi perekonomian pada umumnya dan bidang usaha pemohon kredit pada khususnya. Jika baik dan memiliki prospek yang baik maka permohonannya akan disetujui, jika kurang baik, permohonan kreditnya akan ditolak.

Tidak hanya harus memperhatikan prinsip 5C diatas, Bank Syari'ah juga harus memperhatikan adanya kemungkinan ketidak seimbangan informasi sebelum akad atau pada saat akad. Karena mudharabah pada prinsipnya merupakan akad kepercayaan atau amanah, maka diperlukan keterbukaan informasi antara shohibul maal (kreditur atau Bank Syari'ah) dengan mudharib (debitur) dalam hal pengelolaan usaha yang dijadikan obyek akad.

Menurut Wagito, pimpinan Bank Perkreditan Rakyat Syariah Dana Mulia, debitur cenderung tidak terbuka dalam pembukuan keuangan usaha yang dijalankan, karena sesuai kaidahnya, jika usahanya lancar dan keuntungan tinggi, maka bagi hasilnya juga besar, namun yang terjadi, jumlah keuntungan yang diberikan kepada shohibul maal selalu konstan, tidak naik dan tidak turun. Sehingga pihak BPR menentukan bagi hasil dari pembukuan sebelumnya yaitu omzet tertinggi tahun lalu yang diajukan pada saat survey pembiayaan.¹¹⁸

Ketidak seimbangan informasi tersebut dalam dunia perbankan disebut sebagai *Asymmetric information*. Menurut Samsudin dkk, *asymmetric information* adalah ketika

¹¹⁷Ferry N Idroes, Sugiarto, *Manajemen Resiko perbankan: Dalam Konteks Kesepakatan Basel dan Peraturan Bank Indonesia*, Yogyakarta, Graha Ilmu, 2006, hlm. 98

¹¹⁸Wawancara Wagito, Direktur BPR Dana Mulya, Solo.

dana dikelola oleh mudharib, akses informasi bank terhadap usaha mudharib terbatas, sehingga mudharib mengetahui informasi yang tidak diketahui oleh bank.¹¹⁹

Ahmad Sumiyanto¹²⁰ menjelaskan model-model untuk mengurangi resiko asimetric information secara detail sebagai berikut:

1. *Higher Stake In Net Worth*, dalam praktiknya syarat yang diterapkan berupa:
 - a. Penetapan praktiknya: syarat yang dapat diterapkan apabila porsi modal mudharib dalam suatu usaha lebih tinggi, insentifnya untuk berlaku tidak jujur akan berkurang dengan signifikan, karena pengusaha juga akan mengganggu kerugian atas tindakannya.
 - b. Penetapan agunan berupa fixed asset, pengenaan jaminan juga akan mencegah mudharib melakukan penyelewengan karena jaminan yang sudah diberikan itu menjadi harga dari penyelewengan perilakunya (character risk)
 - c. Penggunaan pihak penjamin, seringkali bank sebagai pemilik dana tidak mengenal dekat karakter calon mudharib, oleh karena itu bank dapat meminta agar calon mudharib menyediakan pihak penjamin yang mengenal calon mudharib, dan bersedia menjadi penjamin atas character risk calon mudharib.
 - d. Penggunaan pihak mengambil alih utang, dalam beberapa kasus, pihak penjamin bersedia mengambil alih kewajiban calon mudharib bila terjadi kerugian yang disebabkan character risk calon mudharib.
2. *Lower Operating Risk*, dalam praktiknya, syarat yang dapat diterapkan berupa: penetapan rasio maksimal fixed asset terhadap total asept, hal ini dimaksudkan agar

¹¹⁹Samsudin, dkk, *Paper Manajemen Risiko*, Universitas Indonesia, 2003

¹²⁰Ahmad Sumiyanto, *Problem dan Solusi Transaksi Muharabah*. Magistra Insania Press, Yogyakarta.

dana mudharabah tidak digunakan untuk investasi pada fixed asset secara berlebihan.

3. *Unobservable cash flow*, dalam praktik syarat dapat diterapkan berupa:

Pertama, monitoring secara acak atau inspeksi mendadak karena bisnis mudharib arus kasnya tidak dapat diketahui secara transparan oleh pemilik dana. Metode ini biasanya diterapkan pada: (1) bisnis yang skala usahanya tidak cukup besar untuk dilakukan monitoring secara periodic, (2) bisnis musiman atau berjangka pendek.

Kedua, monitoring secara periodic, dalam metode ini, mudharib didorong untuk menyiapkan laporan periodic atas bisnis yang dibiayai oleh dana mudharabah.

Ketiga, melibatkan pihak ketiga sebagai auditor yang akan memeriksa kebenaran laporan keuangannya.

4. *Non-controllable cost*, dalam praktiknya syarat yang diterapkan adalah:

a. Revenue sharing, metode ini dilakukan untuk mengurangi timbulnya perselisihan terutama atas biaya-biaya yang timbul.

b. Penetapan minimal profit margin, metode ini dilakukan untuk mengantisipasi adanya indikasi bahwa mudharib lebih mementingkan volume penjualan yang besar mengorbankan tingkat profit marginnya sehingga dapat merugikan pihak bank sebagai pemilik dana.

3. Bank Syariah Sebagai Mudharib dan Nasabah Sebagai Shohibul Maal.

Pada prinsipnya, Bank Syariah tidak boleh melakukan penambahan pada simpanan dana nasabahnya atau lazim disebut sebagai bunga tabungan.¹²¹ Hal tersebut sesuai dengan kaidah dalam ilmu fiqh yaitu *“Setiap piutang yang mendatangkan kemanfaatan/keuntungan, maka itu adalah riba.”* Sehingga bank syariah menawarkan alternative lain supaya nasabah tertarik untuk menyimpan dananya di Bank Syariah dan tetap menerima keuntungan dari dana yang disetorkannya kepada Bank Syariah tersebut.

Salah satu alternative yang ditawarkan Bank Syariah dalam penyimpanan investasi adalah tabungan mudharabah. Tabungan mudharabah adalah tabungan yang dijalankan berdasarkan akad mudharabah. Dalam produk tabungan dengan prinsip mudharabah, bank syariah menerima investasi dari nasabah untuk jangka waktu tertentu. Dana tersebut kemudian diinvestasikan atau digunakan oleh bank ke sector usaha yang produktif. Keuntungan dari hasil usaha atau investasi ini kemudian dibagikan kepada nasabah dengan prinsip bagi hasil. Bank juga mendapatkan porsinya secara proposional, sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati.¹²²

Dalam hal ini, bank syariah bertindak sebagai mudharib (pengelola dana), sedangkan nasabah bertindak sebagai shahibul mal (pemilik dana). Dari hasil pengelolaan dana mudharabah, bank syariah akan membagikan kepada pemilik dana sesuai dengan nisbah yang telah disepakati dan dituangkan dalam akad pembukaan rekening. Dalam mengelola dana tersebut, bank tidak bertanggungjawab terhadap kerugian yang bukan disebabkan oleh kelalaiannya. Namun, apabila yang

¹²¹ Dalam fatwa nomor 02/DSN-MUI/IV/2000 tentang Tabungan, Majelis Ulama Indonesia tidak membenarkan tabungan berdasarkan perhitungan bunga.

¹²² Burhanuddin, Aspek dan Hukum Lembaga Keuangan Syariah, Yogyakarta: Graha Ilmu, 2010, h. 60

terjadi adalah kesalahpahaman manajemen terkait pengelolaan, bank bertanggungjawab penuh terhadap kerugian tersebut.¹²³

Tabungan mudharabah dapat diambil setiap saat oleh penabung sesuai dengan perjanjian yang disepakati, namun tidak diperkenankan mengalami saldo negatif.¹²⁴

Salah satu fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia yang mengatur mengenai tabungan adalah Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 02/DSN-MUI/IV/2000 tentang Tabungan.

Dalam fatwa tersebut dijelaskan mengenai nasabah yang bertindak sebagai shahibul mal atau pemilik dana dan bank bertindak sebagai mudharib atau pengelola dana. Dalam mengelola dana, Bank Syariah dapat melakukan berbagai macam usaha yang tidak bertentangan dengan prinsip syari'ah dan mengembangkannya.¹²⁵

Selain dua ketentuan umum diatas, Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 02/DSN-MUI/IV/2000 tentang Tabungan juga mengatur ketentuan lain terkait tabungan berdasarkan mudharabah, yaitu:

1. Modal harus dinyatakan dengan jumlahnya, dalam bentuk tunai dan bukan piutang.
2. Pembagian keuntungan harus dinyatakan dalam bentuk nisbah dan dituangkan dalam akad pembukaan rekening.
3. Bank sebagai mudharib menutup biaya operasional tabungan dengan menggunakan nisbah keuntungan yang menjadi haknya.
4. Bank tidak diperkenankan mengurangi nisbah keuntungan nasabah tanpa persetujuan yang bersangkutan.

Tabungan berdasarkan mudharabah pada Bank Syariah masuk kedalam jenis mudharabah mutlaqah, karena dalam penjelasan diatas bank diberi kebebasan untuk

¹²³ Farida Purwaningsih, *Pengaruh Tabungan Mudharabah, Pembiayaan Mudharabah-Musyarakah dan Pendapatan Operasional lainnya terhadap Laba. Studi pada Bank Jatim Syariah periode 2007-2015*. Jurnal An Nisbah, Vol. 02, No. 02, April 2016, IAIN Tulungagung.

¹²⁴ Heri Sudarsono, *Bank dan Lembaga Keuangan Syariah Deskripsi dan Ilustrasi*, Ekonesia, Yogyakarta. 2004.

¹²⁵ Ketentuan umum mengenai tabungan mudharabah angka 2, Fatwa Dewan Syariah Nasional Nomor 02/DSN-MUI/IV/2000 tentang Tabungan.

melakukan berbagai usaha. Dalam mudharabah mutlaqah, tidak ada pembatasan bagi bank dalam menggunakan dana yang dihimpun. Nasabah tidak memberikan persyaratan apapun kepada bank, ke bisnis apa dana yang disimpannya itu hendak disalurkan, atau menetapkan penggunaan akad-akad tertentu, ataupun mensyaratkan dananya diperuntukkan bagi nasabah tertentu. Jadi bank memiliki kebebasan penuh untuk menyalurkan dana ini ke bisnis manapun yang diperkirakan menguntungkan.¹²⁶

C. HAK TANGGUNGAN

Hak Tanggungan merupakan salah satu hak jaminan kebendaan yang bersumber perjanjian terhadap benda tertentu yaitu hak-hak atas tanah yang diatur dalam undang-undang nomor Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

Pengertian Hak Tanggungan berdasarkan Pasal 1 Angka (1) Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang dibebankan pada hak atas tanah sebagaimana dimaksud dalam Undang – Undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-Pokok Agraria, berikut atau tidak berikut benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu, untuk pelunasan utang tertentu, yang memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditor tertentu terhadap kreditor-kreditor yang lain.¹²⁷

Menurut sifatnya, Hak Tanggungan adalah perjanjian aksesori (*accessoir*) yang artinya Hak Tanggungan bukanlah perjanjian yang berdiri sendiri. Keberadaan perjanjian Hak Tanggungan ada karena ada perjanjian utang piutang yang menimbulkan utang yang dijamin.

Dalam butir 8 penjelasan umum Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dijelaskan bahwa oleh karena Hak Tanggungan menurut sifatnya merupakan

¹²⁶ Adiwirman Karim, Analisis Fiqih dan Keuangan, Jakarta: Rajawali Pers, hal. 109

¹²⁷ Purwahid Patrik dan Kashadi, *Hukum Jaminan Edisi Revisi Dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2006, hlm 52.

ikutan atau *accessoir* pada suatu piutang tertentu, yang didasarkan pada suatu perjanjian utang-piutang atau perjanjian lain, maka kelahiran dan keberadaannya ditentukan oleh adanya piutang yang dijamin pelunasannya. Hal tersebut juga dipertegas pada pasal 10 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan yang pada intinya menerangkan Hak Tanggungan sebagai jaminan pelunasan utang tertentu yang merupakan bagian tak terpisahkan dari perjanjian utang piutang.

Ada beberapa unsur pokok dari Hak Tanggungan yang harus diperhatikan, yaitu:¹²⁸

- 1) Hak Tanggungan adalah hak jaminan untuk pelunasan utang.
- 2) Objek Hak Tanggungan adalah hak atas tanah sesuai UUPA
- 3) Utang yang dijamin harus suatu utang tertentu
- 4) Hak Tanggungan dapat dibebankan atas tanahnya (hak atas tanah) saja, tetapi dapat pula dibebankan berikutan benda-benda lain yang merupakan satu kesatuan dengan tanah itu.
- 5) Memberikan kedudukan yang diutamakan kepada kreditur tertentu terhadap kreditur-kreditur lain.

Pada ketentuan pasal 3 ayat (1) Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan dijelaskan bahwa Hak Tanggungan dapat dijadikan jaminan untuk utang yang telah ada atau utang yang baru akan ada, tetapi telah diperjanjikan sebelumnya dengan jumlah tertentu atau utang yang baru akan ada pada saat permohonan eksekusi Hak Tanggungan diajukan ditentukan berdasarkan perjanjian utang piutang atau perjanjian lain yang menimbulkan hubungan utang-piutang yang bersangkutan.

Hak Tanggungan tidak dapat dibebankan pada hak atas tanah yang baru akan dimiliki oleh seseorang di kemudian hari, artinya, pada saat pembebanan Hak Tanggungan dilakukan, harus dilakukan oleh orang yang memang berhak dan berwenang melakukan perbuatan hukum terhadap obyek.

¹²⁸Agus Pandoman, *Bahan Kuliah Hak Tanggungan*.

1. Subyek dan Obyek Hak Tanggungan

a. Subyek

Subyek Hak Tanggungan dijelaskan dalam pasal 8 dan pasal 9 Undang-undang Hak Tanggungan, dimana dalam pasal 8 dijelaskan mengenai subyek yang berhak memberikan Hak Tanggungan sedangkan dalam pasal 9 dijelaskan mengenai subyek yang menerima Hak Tanggungan.

Dalam Pasal 8 dijelaskan bahwa pemberi Hak Tanggungan harus perseorangan atau badan hukum yang mempunyai kewenangan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan. Kemudian pada pasal 9 dijelaskan bahwa pemegang Hak Tanggungan adalah perorangan atau badan hukum yang berkedudukan sebagai pihak yang berpiutang.

b. Obyek

Menurut Boedi Harsono, ada syarat yang harus dipenuhi supaya benda yang menjadi jaminan utang dapat dibebani Hak Tanggungan, yaitu:

- 1) Dapat dinilai dengan uang, karena utang yang dijamin berupa uang.
- 2) Mempunyai sifat dapat dipindahtangankan, karena apabila debitur cidera janji, benda yang dijaminkan akan dijual secara lelang.
- 3) Termasuk hak yang didaftar menurut ketentuan peraturan perundang-undangan karena harus memenuhi asas publisitas.
- 4) Memerlukan penunjukan khusus oleh suatu undang-undang.¹²⁹

¹²⁹Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang – Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok – Pokok Agraria, isi dan Pelaksanaannya, Jilid 2*, Djembatan, Jakarta 2008, hlm. 419.

Adapun obyek Hak Tanggungan menurut Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan diatur pada Pasal 4 yang pada pokoknya dapat disimpulkan bahwa obyek Hak Tanggungan adalah:

- Hak Milik
- Hak Guna Usaha
- Hak Guna Bangunan
- Hak Pakai¹³⁰

2. Asas Asas Hak Tanggungan

- a. Asas Hak Didahulukan atau preference. Asas ini terdapat pada penjelasan umum angka 4 dimana dalam ketentuan tersebut disebutkan bahwa pemegang Hak Tanggungan berhak menjual melalui pelelangan umum tanah yang dijadikan jaminan menurut ketentuan peraturan perundang-undangan yang bersangkutan dengan hak mendahului daripada kreditur kreditur yang lain.
- b. Asas Hak Kebendaan. Asas ini terdapat pada pasal 7 Undang-undang Hak Tanggungan dimana Hak Tanggungan mengikuti obyeknya dalam tangan siapapun obyek itu berada. Dengan demikian apabila obyek Hak Tanggungan sudah beralih kepemilikan, kreditur tetap mempunyai hak untuk melakukan eksekusi terhadap obyek Hak Tanggungan.

¹³⁰Menurut Remi Sjandeni, dalam bahan kuliah yang disusun oleh Dr. Agus Pandoman, S.H., M.Kn. bahwa hak pakai adalah hak untuk menggunakan atau memungut hasil dari tanah yang tidak hanya dari tanah yang dikuasai langsung oleh Negara saja, tetapi juga dari tanah milik orang lain, dengan membuat perjanjian antara pemilik tanah dengan pemegang hak pakai yang bersangkutan. Sedangkan kedua jenis hak pakai itu pada hakekatnya tidak berbeda ruang lingkupnya yang menyangkut hak untuk penggunaannya atau hak untuk memungut hasilnya. Karena itu wajar bila hak pakai atas tanah hak milik dapat pula dibebani dengan Hak Tanggungan seperti halnya hak pakai atas tanah Negara. Namun sudah barang tentu bahwa pelaksanaan Hak Tanggungan atas tanah hak pakai atas tanah hak milik itu baru dapat dilakukan apabila telah dikeluarkan ketentuan bahwa hak pakai atas tanah hak milik diwajibkan untuk didaftarkan.

- c. Asas Spesialitas terdapat pada pasal 8 dan pasal 11 Undang-undang Hak Tanggungan. Asas ini memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk melakukan perbuatan hukum terhadap obyek Hak Tanggungan.
- d. Asas Publisitas terdapat pada pasal 13 Undang-undang Hak Tanggungan. Asas ini memberikan kewajiban pendaftaran Hak Tanggungan pada kantor pertanahan atau Badan Pertanahan Nasional.
- e. Asas Parate Eksekusi. Asas ini terdapat pada penjelasan umum angka 3 Undang-undang Hak Tanggungan. Asas ini memberikan kemudahan dan kepastian pelaksanaan eksekusi yang sama dengan putusan pengadilan dengan mencantumkan irah-irah “*demi keadilan berdasarkan keTuhanan yang Maha Esa*”.
- f. Asas Accesoir. Asas ini menjelaskan posisi Hak Tanggungan yang merupakan perjanjian tambahan atau tidak bisa berdiri sendiri.

D. HAK TANGGUNGAN DALAM AKAD MUDHARABAH

Mudharabah sesuai prinsip dasarnya mengharuskan modal usaha sepenuhnya berasal dari *ṣahib al-māl* sedangkan mudharib hanya bermodalkan kemampuan. Namun dalam prakteknya, tidak mungkin pihak bank memberikan pembiayaan kepada nasabah debitur yang tidak memiliki modal awal. Hal tersebut dikarenakan untuk dapat mengucurkan pembiayaan diperlukan analisis berdasarkan ketentuan instrument analisa yang dinamakan “*The Five C’s Principles of Credit Analysis*”¹³¹ atau prinsip 5c, sehingga setidaknya debitur telah memiliki usaha atau paling tidak memiliki modal awal untuk merintis usaha, sehingga pihak bank

¹³¹Trisadini P. Usanti, Abd. Shomad, *Hukum Perbankan*, Kencana, Depok, 2017, hlm. 158, sebagaimana mengutip dari Trisadini Prasastinah Usanti, *Prinsip Kehati-hatian pada Transaksi Perbankan*, Airlangga University Press, Surabaya, 2013

dapat menganalisis kemampuan skill dan karakter usaha yang dimilikinya, meskipun track record yang ada melalui jaringan perbankan. Tanpa ada fakta empirik sebagai bentuk usaha yang sedang berjalan, pihak bank syariah akan mengalami kesulitan mendanai nasabah debiturnya untuk merintis usaha dengan akad mudharabah.

Penilaian terhadap jaminan pada akad mudharabah merupakan salah satu perwujudan prinsip kehati-hatian pada Bank Syari'ah yaitu pada prinsip collateral artinya bahwa bank dalam melakukan pendekatan analisis pembiayaan selalu memperhatikan kuantitas dan kualitas jaminan yang dimiliki oleh peminjam.¹³²

Dalam ketentuan Pasal 1 ayat (26) Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah pemerintah menegaskan bahwa jaminan dari nasabah debitur sangat penting bagi Bank Syari'ah. Bila bank tidak memiliki jaminan apa-apa dari nasabah debiturnya maka bank tidak dapat menagih haknya ketika nasabah debitur melakukan salah satu tindakan *moral hazard*¹³³ yang mengakibatkan *Non Performing Loan* bagi Bank Syari'ah, bahkan bisa saja nasabah debitur melarikan diri sehingga bank tidak memiliki asset untuk menuntut penunaian kewajiban debiturnya. Selanjutnya, ketentuan mengenai jaminan diatur pada pasal 23 undang-undang perbankan syari'ah.

Dalam Pasal 23 Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dijelaskan mengenai prosedur pengucuran pembiayaan, dimana jaminan perlu dikuasai oleh bank dan dinilai untuk mengukur kemampuan nasabah debitur, bank bukan hanya menilai jaminan saja karena beberapa aspek lain yang terkait dengan pembiayaan perlu dinilai seperti modal dan prospek usaha.

Peraturan lain yang mengatur mengenai jaminan adalah peraturan bank Indonesia nomor 7/46/pbi/2005 pada Pasal 6 huruf o yang menjelaskan bahwa bank dapat meminta

¹³²Muhammad, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, UPP AMP YMKN, Yogyakarta, 2005.

¹³³Moral Hazard terjadi ketika masalah moral dan etika dalam bisnis tidak diindahkan, seperti memberikan laporan keuangan yang tidak sesuai dengan kenyataan dilapangan.

jaminan atau agunan untuk mengantisipasi resiko apabila nasabah tidak dapat memenuhi kewajiban sebagaimana dimuat dalam akad karena kelalaian dan atau kecurangan.

Pada uraian diatas, tidak ada ketentuan yang tegas mengatur mengenai kewajiban debitur untuk memberikan jaminan kepada kreditur, namun, sebagai perwujudan dari prinsip kehati-hatian, maka kewajiban yang harus dilakukan adalah penilaian terhadap jaminan dapat diminta guna memenuhi ketentuan peraturan perundang-undangan yang ada.

Adanya jaminan yang diberlakukan oleh Bank Syari'ah, maka jika sewaktu-waktu debitur atau dalam konteks mudharabah adalah mudharib tidak patuh terhadap akad sehingga kemudian menimbulkan kerugian, maka pihak kreditur dapat menjual lelang obyek jaminan yang telah diagunkan tersebut. Adanya jaminan juga akan mendorong debitur untuk mengelola modal yang diberikan kreditur dengan sebaik-baiknya guna mencapai tujuan keuntungan yang maksimal.

Menurut Ismail,¹³⁴ barang jaminan merupakan barang yang digunakan sebagai agunan, harus memenuhi syarat sebagai berikut:

1. Agunan harus dapat dijual dan nilainya seimbang dengan pembiayaan.
2. Agunan harus bernilai dan bermanfaat menurut ketentuan syariah.
3. Agunan harus jelas dan dapat ditentukan secara spesifik.
4. Agunan harus milik sendiri dan tidak terkait dengan pihak lain.
5. Agunan merupakan harta yang utuh dan tidak bertebaran di beberapa tempat.
6. Agunan harus dapat diserahkan baik fisik maupun manfaatnya.

Guna memberikan kepastian hukum terkait jaminan yang dipegang oleh kreditur, maka Hak Tanggungan dipilih sebagai lembaga hak jaminan kebendaan yang bersumber pada perjanjian (akad).

¹³⁴Ismail, *Perbankan Syari'ah*, Jakarta, Kencana, 2003.

Menurut Prof Sri Soedewi Masjun Sofwan, perjanjian jaminan lazimnya dikonstruksikan sebagai perjanjian yang bersifat *assessor* yaitu senantiasa merupakan perjanjian yang dikaitkan dengan perjanjian pokok, mengabdikan pada perjanjian pokok.¹³⁵ Sehingga, dengan adanya sifat perjanjian jaminan yang mengikuti perjanjian pokok, maka menimbulkan beberapa akibat hukum, yaitu:

1. Adanya tergantung pada perjanjian pokok
2. Adanya tergantung pada perjanjian pokok
3. Hapusnya tergantung pada perjanjian pokok
4. Jika perjanjian pokok batal maka perjanjian jaminan juga batal
5. Ikut beralih bersama perjanjian pokok
6. Jika peruntungan beralih karena cessione atau subrogasi maka ikut beralih.

Hak Tanggungan dipilih sebagai lembaga hak jaminan kebendaan karena memberikan kepastian hukum kepada pemegang Hak Tanggungan dengan asas *parate* eksekusi.

Asas *Parate* eksekusi mengandung arti bahwa kalau debitur wanprestasi maka kreditur dapat melaksanakan eksekusi obyek jaminan tanpa meminta persetujuan atau fiat tanpa harus mengikuti aturan main dalam hukum acara, untuk itu ada aturan mainnya sendiri tidak perlu ada sita terlebih dahulu, tidak melibatkan juru sita, dan karenanya prosedurnya lebih mudah dan biayanya lebih murah.¹³⁶

Menurut Subekti¹³⁷, *parate* eksekusi adalah menjalankan sendiri apa yang menjadi haknya, dalam arti tanpa perantaraan hakim yang ditujukan atas sesuatu barang jaminan untuk selanjutnya menjual sendiri barang tersebut.

Dalam Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, asas *parate* eksekusi terdapat pada ketentuan Pasal 20 yaitu:

¹³⁵ Agus pandoman, *op. cit.*

¹³⁶ *ibid*

¹³⁷ *ibid*

1. Apabila debitur cidera janji, maka berdasarkan:
 - a. Hak pemegang Hak Tanggungan pertama untuk menjual obyek Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud Pasal 6, atau
 - b. Titel eksekutorial yang terdapat dalam sertipikat Hak Tanggungan sebagaimana dimaksud dalam pasal 14 ayat (2), obyek Hak Tanggungan dijual melalui pelelangan umum menurut tata cara yang ditentukan dalam peraturan perundang-undangan untuk pelunasan piutang pemegang Hak Tanggungan dengan hak mendahulukan dari pada kreditur kreditur lainnya.

Sehingga, dengan adanya asas parate eksekusi pada ketentuan Pasal 20 Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan tersebut, telah menjamin kepastian hukum pemegang sertipikat Hak Tanggungan untuk melakukan upaya guna menjamin pengembalian dana dari debitur saat debitur cidera janji atau wanprestasi.

Wanprestasi diatur dalam pasal 1243 Kitab Undang Undang Hukum Perdata yang menyatakan bahwa :

“Penggantian biaya, rugi dan bunga karena tidak dipenuhinya suatu perikatan, barulah mulai diwajibkan, apabila si berutang, setelah dinyatakan lalai memenuhi perikatannya, tetap melalaikannya, atau jika sesuatu yang harus diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuatnya, hanya dapat diberikan atau dibuat dalam tenggang waktu yang telah dilampaukannya”.

Menurut Nindyo Pramono, wanprestasi yaitu suatu keadaan yang dikarenakan kelalaian atau kesalahannya, para pihak tidak dapat memenuhi prestasi seperti yang telah ditentukan dalam perjanjian.¹³⁸

Menurut Sophar Maru Hutagalung, wanprestasi atau cidera janji adalah tidak terlaksananya prestasi atau kewajiban sebagaimana mestinya yang dibebankan oleh kontrak

¹³⁸Nindyo Pramono, *Hukum Komersil*, Pusat Penerbitan UT, Jakarta, 2003.

terhadap para pihak. Tindakan wanprestasi ini akan membawa konsekuensi terhadap timbulnya hak pihak yang dirugikan untuk menuntut pihak yang melakukan wanprestasi agar melakukan ganti rugi.¹³⁹

Menurut Salim HS, wanprestasi adalah tidak memenuhi atau lalai melaksanakan kewajiban sebagaimana yang ditentukan dalam perjanjian yang dibuat antara kreditur dengan debitur.¹⁴⁰

Menurut Abdulkadir Muhammad,¹⁴¹ debitur dapat ditetapkan telah melakukan wanprestasi jika telah memenuhi tiga hal, yaitu:

1. Debitur tidak memenuhi prestasi sama sekali, Artinya debitur tidak memenuhi kewajiban yang telah disanggupinya untuk dipenuhi dalam suatu perjanjian atau tidak memenuhi kewajiban yang ditetapkan undang-undang dalam perikatan yang timbul karena undang-undang.
2. Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak baik atau keliru, artinya debitur melaksanakan atau memenuhi apa yang diperjanjikan atau yang ditentukan oleh undang-undang, tetapi tidak sebagaimana mestinya menurut kualitas yang ditentukan dalam perjanjian atau menurut kualitas yang ditetapkan oleh undang-undang.
3. Debitur memenuhi prestasi, tetapi tidak tepat pada waktunya, artinya debitur memenuhi prestasi tetapi terlambat, waktu yang ditetapkan dalam perjanjian tidak dipenuhi.

Prof Subekti menambahkan satu lagi keadaan yaitu : debitur melakukan sesuatu yang menurut perjanjian tidak boleh dilakukannya.

Wanprestasi bisa terjadi karena beberapa hal, menurut Abdul Kadir Muhammad, wanprestasi terjadi karena dua kemungkinan, yaitu:

1. Keadaan Memaksa (*overmach/ force majeure*)

Wanprestasi yang terjadi karena keadaan memaksa (*overmacht/force majeure*), yang mana debitur tidak dapat memenuhi prestasinya kepada kreditur, yang disebabkan oleh keadaan yang berada diluar kemampuan debitur itu sendiri dan keadaan yang

¹³⁹Sopnar Maru Hutagalung, *Hukum Kontrak di ASEAN Pengaruh Sistem Hukum Common Law dan Civil Law*, Sinar Grafika, Jakarta: 2013.

¹⁴⁰Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Jakarta: 2008 hlm.180.

¹⁴¹Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti, (Bandung : 1990

timbul itu juga berupa suatu keadaan yang tidak dapat diketahui pada waktu perjanjian dibuat. Atau dengan kata lain *force majeure* terjadi bukan atas kehendak debitur.¹⁴²

2. Karena kesalahan debitur, baik karena kesengajaan maupun lalai.

Wanprestasi yang disebabkan adanya kesalahan debitur itu sendiri, dimaksudkan debitur tidak melaksanakan kewajiban bukan dikarenakan oleh hal-hal yang diluar kemampuannya, melainkan karena perbuatan yang disengaja atau karena kelalaian. Debitur dianggap lalai ketika ia tidak memenuhi prestasi, maka untuk menyatakan seorang debitur melakukan wanprestasi, diperlukan surat peringatan tertulis dari kreditur yang diberikan kepada debitur. Surat perintah tersebut disebut dengan somasi. Surat somasi tersebut dapat dijadikan sebagai bukti bahwa debitur telah wanprestasi, yang diatur dalam pasal 1238 KUH Perdata.¹⁴³

Menurut ketentuan Pasal 1245 Kitab Undang Undang Hukum Perdata disebutkan *“tidaklah biaya rugi dan bunga, harus digantinya, apabila lantaran keadaan memaksa atau lantaran suatu kejadian tak disengaja si berutang beralangan memberikan atau berbuat sesuatu yang telah melakukan perbuatan yang terlarang.”* Pasal ini menegaskan perihal terjadinya *force majeure* yang dapat menghapuskan kewajiban debitur.

Dari uraian diatas, dapat ditarik kesimpulan bahwasannya menurut ketentuan hukum positif, seseorang dikatakan wanprestasi jika tidak dapat memenuhi apa yang telah diperjanjikan didalam akad yang bisa disebabkan oleh kesengajaan atau kelalaian. Sedangkan debitur dapat dilepaskan dari kewajiban memenuhi prestasinya jika dapat dibuktikan

¹⁴²Ines Age Santika, dkk., Penelitian Penyelesaian Sengketa dan Akibat Hukum Wanprestasi Pada Kasus Antara PT Metro Batavia Dengan PT Garuda Maintenance Facility (GMF) Aero Asia, Surakarta: Universitas Sebelas Maret, 2015, hlm. 59.

¹⁴³ibid

bahwasannya ketidak mampuan membayar tersebut muncul akibat force majeure atau factor ketidak sengajaan.

Dalam akad mudharabah pada perbankan syariah di Indonesia, Hak Tanggungan digunakan untuk menjamin mudharib menggunakan modal dari shohibul maal sesuai dengan apa yang telah disepakati, sehingga jika dikemudian hari muncul kerugian yang diakibatkan karena kelalaian mudharib, maka mudharib wajib menanggung kerugian yang diderita oleh shohibul maal dan jika tidak mampu, maka obyek Hak Tanggungan akan dilelang.

Disinilah terdapat perbedaan yang sangat mendasar pada kaidah Hak Tanggungan yang terurai dalam Undang-undang Hak Tanggungan dengan kondisi factual jika Hak Tanggungan diaplikasikan pada pembiayaan pada perbankan syariah.

Hak Tanggungan dalam perbankan syariah khususnya pada akad mudharabah tidak boleh digunakan untuk menjamin pengembalian modal, sebagaimana sudah dijelaskan diatas pada penjelasan jaminan dalam akad mudharabah, posisi jaminan atau Hak Tanggungan pada akad mudharabah digunakan sebagai cambuk supaya mudharib patuh terhadap akad dan karena jika sampai terjadi kerugian, maka shohibul maal adalah pihak yang paling dirugikan.

Menurut Muhammad,¹⁴⁴ Problem jaminan ini sesungguhnya dalam teori fikih yang dikembangkan para ulama mazhab telah jelas bahwa shahibul maal tidak dapat menuntut jaminan apa pun dari mudharib untuk mengembalikan modal pokok atau modal plus laba. Ketika kontrak kerjasama antara shahibul maal dan mudharib ditetapkan bahwa satu pihak adalah orang yang diberi kepercayaan kerja maka garansi tersebut harus ditiadakan.

Jika dalam akad mudharabah terjadi wanprestasi yang menyebabkan mudharib tidak dapat melaksanakan kewajibannya, maka sebelum melelang Hak Tanggungan berdasarkan asas parate eksekusi, terlebih dahulu harus diperjelas, apakah wanprestasi tersebut terjadi karena kelalaian mudharib atau bukan.

¹⁴⁴Muhammad, *Manajemen pembiayaan Mdharabah*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008.

Hal tersebut sama dengan kaidah pasal 1243 dan 1244 Kitab Undang Undang Hukum Perdata dimana pada pokoknya kelalaian itu harus dibuktikan dahulu untuk dapat menentukan apakah seseorang melakukan wanprestasi atau tidak. Karena, meskipun mudharib secara nyata tidak bisa melaksanakan kewajiban yang ditentukan dalam akad, namun mudharib dapat membuktikan bahwa ketidak mampuan pemenuhan janji tersebut disebabkan bukan karena kelalaiannya, maka tidak bisa dikatakan wanprestasi dan Hak Tanggungan tidak boleh dilelang.

Oleh sebab itu, meskipun dalam Hak Tanggungan terdapat asas parate eksekusi yang jelas melindungi hak kreditur atau shahibul maal jika debitur atau mudharib melakukan wanprestasi, namun makna wanprestasi tidak boleh dipahami hanya sebatas kebenaran formil saja melainkan juga harus digali kebenaran materiihnya.

Secara formil, wanprestasi berarti tidak mampu melaksanakan apa yang diperjanjikan. Sehingga secara formil, kreditur tidak lagi memperhatikan apa penyebab debitur mengalami gagal bayar sebagai bentuk wanprestasinya, dan ini bertentangan dengan kaidah ganti kerugian dalam mudharabah.

Dalam akad mudharabah, harus ditelaah dulu, apa yang menyebabkan debitur melakukan wanprestasi, apakah ada kelalaian atau tidak. Sehingga pencarian kebenaran secara materii mutlak diperlukan dalam akad-akad mudharabah guna menentukan apakah debitur atau mudharib melakukan wanprestasi atau tidak. Dalam menentukan ada tidaknya wanprestasi dimungkinkan terjadinya perbedaan antara mudharib dengan shahibul maal.

Jika terjadi perbedaan antara pelaporan mudharib dengan permintaan shahibul maal, maka yang menjadi acuan adalah laporan mudharib. Kecuali jika ada bukti bahwa mudharib melakukan penyelewengan. Jika mudharib melaporkan bahwa usahanya tidak ada untung, sementara pemodal mengklaim ada untung, dan meminta bagi hasil, maka diposisi ini, klaim pemodal harus diiringi dengan bukti. Sementara jika tidak ada bukti, yang dimenangkan

adalah pernyataan mudharib. Artinya, untuk dapat menentukan adanya wanprestasi karena kelalaian atau bukan, maka harus dilakukan penilaian terlebih dahulu dan mengesampingkan asas parate eksekusi yang melekat pada Hak Tanggungan.

Pada prinsipnya, pembebanan Hak Tanggungan dalam akad mudharabah dalam Bank Syari'ah tidak berbeda dengan pembebanan Hak Tanggungan pada Bank Konvensional, yang berbeda adalah tujuan pembebanan Hak Tanggungan dan tahapan sebelum menerapkan asas parate eksekusi.



BAB III

ANALISA HUKUM MENGENAI KEABSAHAN PEMBEBANAN HAK TANGGUNGAN TERHADAP PERJANJIAN *MUDHARABAH*

A. ANALISA HUKUM MENGENAI KONSEP JAMINAN DALAM MUDHARABAH BERDASARKAN HUKUM ISLAM

Melakukan analisa hukum mengenai konsep Jaminan dalam mudharabah berdasarkan hukum islam berarti menjelaskan tentang dasar hukum Jaminan dalam mudharabah menurut peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia kemudian dianalisis dengan konsep jaminan dalam mudharabah menurut hukum islam. Dari analisa tersebut kemudian dapat diambil kesimpulan apakah peraturan hukum jaminan di Indonesia bertentangan dengan konsep hukum jaminan dalam islam ataukah tidak. Sehingga, sebelum melakukan analisa, maka terlebih dahulu harus dipahami kedudukan masing-masing peraturan dalam sistem tata hukum Indonesia.

1. Kedudukan Peraturan Bank Indonesia dan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia dalam Sistem Hukum Indonesia.

Dalam menjalankan kegiatannya, selain tunduk kepada Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah maka Bank Syari'ah atau Lembaga Keuangan Syari'ah juga terikat pada ketentuan lain yang mendukung operasional Bank Syari'ah, antara lain Peraturan Bank Indonesia dan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia. Terhadap kedudukan hukum Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, sudah tidak perlu diperdebatkan lagi, karena dalam tata urutan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia, Undang-Undang diakui sebagai hukum di Indonesia, namun, terkait

dengan posisi Peraturan Bank Indonesia dan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia memang masih harus diperjelas kedudukannya.

Menurut pasal 7 ayat (1) undang-undang nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, hirarki atau tata urutan peraturan perundang-undangan di Indonesia terdiri atas:

- a. Undang-undang Dasar Negara Republik Indonesia tahun 1945.
- b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat
- c. Undang-undang atau Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-undang.
- d. Peraturan Pemerintah
- e. Peraturan Presiden
- f. Peraturan Daerah Provinsi, dan
- g. Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota.

Mengacu pada ketentuan pasal tersebut, maka Peraturan Bank Indonesia bukan merupakan dasar hukum yang dapat digunakan sebagai dasar hukum adanya jaminan mudharabah pada sistem perbankan syariah di Indonesia karena tidak terdapat dalam tata urutan Peraturan Perundang-undangan. Namun, menurut Pejelasan Umum Peraturan Bank Indonesia nomor 18/42/PBI/2016 tentang pembentukan Peraturan Bank di Indonesia, dijelaskan mengenai Kedudukan Bank Indonesia sebagai badan hukum publik dan lembaga negara yang independen dalam melaksanakan tugas dan wewenangnya sebagaimana ditetapkan dengan undang-undang yang mengatur mengenai Bank Indonesia, membawa konsekuensi yuridis logis bahwa Bank Indonesia berwenang menerbitkan Peraturan di Bank Indonesia yang merupakan pelaksanaan atau amanat dari Undang-Undang yang mengatur mengenai Bank Indonesia dan Peraturan Perundang-undangan lainnya yang terkait dengan pelaksanaan tugas Bank Indonesia secara langsung maupun tidak langsung.

Menurut Agus Santoso dan Anton Purba,¹ Apabila disepakati bahwa Bank Indonesia berada dalam lingkup kekuasaan eksekutif dan kedudukannya tidak setara dengan lembaga presiden, maka tentunya produk hukumnya yaitu Peraturan Bank Indonesia tidak dapat disetarakan dengan Peraturan Pemerintah, namun, apabila ditinjau dari fungsinya, yaitu sebagai ketentuan pelaksana Undang-Undang, maka Peraturan Bank Indonesia seharusnya dapat disetarakan dengan Peraturan Pemerintah. Dalam hubungan ini dapat dikemukakan bahwa Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, hanya mengatur bahwa: “Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi”.²

Di dalam penjelasan ayat (1) Undang-Undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, Peraturan Bank Indonesia antara lain dikelompokkan dengan Peraturan Mahkamah Agung (PERMA). Mengenai hal ini dapat dikemukakan bahwa PERMA tentunya tidak dapat dianalogikan dengan Peraturan Bank Indonesia, karena PERMA tidak mengatur substansi hukum materil, tetapi hanya menyangkut hukum prosedural. Namun, apakah Peraturan Bank Indonesia dengan demikian dapat disetarakan dengan Peraturan Pemerintah dengan alasan bahwa secara analogi Peraturan Bank Indonesia adalah perangkat aturan pelaksana undang-undang? Kalaupun jawabnya Peraturan Bank Indonesia tidak dapat disetarakan dengan Peraturan Pemerintah, namun untuk

¹Agus Santoso and Anton Purba, “Kedudukan Bank Indonesia dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Amandemen Keempat) dan Usulan Komisi Konstitusi dalam Konsep Amandemen Kelima UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945”, *Buletin Hukum Perbankan dan Perbansentralan*, Volume 4 Nomor 2 (Agustus, 2006), ISSN 1693-3265.

²Telah dirubah menjadi pasal 8 undang-undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan peraturan perundang-undangan yang kutipannya berbunyi : “(1) Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat. (2) Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.”

lingkup tugas yang menjadi kewenangan Bank Indonesia, maka Peraturan Bank Indonesia harus dapat mengenyampingkan Peraturan Pemerintah atau sebaliknya Peraturan Pemerintah tidak boleh mengatur hal-hal yang menjadi lingkup tugas dan wewenang Bank Indonesia.

Menurut Nurtjahjo,³ Peraturan Bank Indonesia memiliki sifat mengikat sebagaimana diperintahkan langsung oleh Undang-undang maupun Peraturan Pemerintah yang secara langsung memerintahkan hal tersebut kepada Bank Indonesia. Dalam hal ini dikatakan bahwa Bank Indonesia dapat menjadi *Self Regulatory Body* dengan tetap mempertanggungjawabkannya kepada Dewan Perwakilan Rakyat (DPR).

Atas dasar hal tersebut diatas, maka Peraturan Bank Indonesia mengenai perbankan syari'ah dapat dijadikan dasar hukum dalam penerapan mudharabah di Bank Syari'ah. Selanjutnya, selain Peraturan Bank Indonesia, perbankan syari'ah juga merujuk kepada fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia.

Mengenai kedudukan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia, juga tidak diatur dalam ketentuan pasal 7 ayat (1) Undang-Undang Nomor 12 tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Dalam Pasal 8 ayat (1) undang-undang tersebut juga tidak disebutkan mengenai fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia.

Menurut Ali Fitri Johar, S.Ag., S.H., M.Hi.,⁴ Jika dikaji dari sudut pandang konstitusi dan hukum, fatwa MUI pada dasarnya tidak mengikat dan tidak bisa dipaksakan melalui penegak hukum, bagaimanapun fatwa itu hanya sekedar pendapat hukum (*legal opinion*) yang boleh diikuti dan boleh tidak diikuti. Demikian juga jika dinjau dari sudut peraturan yang bersifat abstrak, fatwa baru bisa mengikat kalau sudah bentuk hukum tertentu oleh lembaga yang berkompeten, sehingga menjadi hukum positif. Melaksanakan fatwa sebagai bentuk kesadaran

³Hendra Nurtjahjo, *Eksistensi Bank Sentral dalam Konstitusi Berbagai Negara (Pembahasan Kemandirian dalam Perspektif Hukum Tata Negara)*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2002.

⁴Ali Fitri Johar, *Kekuatan Hukum Fatwa Majelis Ulama Indonesia dari Perspektif Peraturan perundang-undangan di Indonesia*.

beragama secara pribadi, bukan sebagai kewajiban hukum. Artinya fatwa MUI bukanlah hukum negara yang mempunyai kedaulatan yang bisa dipaksakan bagi seluruh rakyat. Pada dasarnya legalitas fatwa MUI pun tidak bisa dan mampu memaksa harus ditaati oleh seluruh umat Islam.

Secara umum, memang fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia memang hanya bersifat legal opinion, karena belum ataupun tidak diakomodir dalam peraturan yang dikeluarkan oleh pihak yang dimaksud dalam ketentuan pasal 8 ayat 1 undang-undang pembentukan peraturan perundang-undangan. Namun, secara khusus, dalam hal fatwa mengenai ekonomi syariah, fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia telah diakomodir oleh Peraturan Bank Indonesia.

Dalam Peraturan Bank Indonesia nomor 10/16/PBI/2008, pada Pasal 1 angka (6) dijelaskan mengenai prinsip syariah yang berdasarkan pada fatwa, dimana kutipannya berbunyi : *Prinsip Syariah adalah prinsip hukum Islam dalam kegiatan perbankan berdasarkan fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam penetapan fatwa di bidang syariah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2008 tentang Perbankan Syariah.*

Dalam ketentuan Pasal 1 angka (6) Peraturan Bank Indonesia nomor 10/16/PBI/2008 disebutkan adanya prinsip syariah dalam konteks ekonomi atau perbankan syariah yang mendasar pada fatwa yang dikeluarkan oleh lembaga yang memiliki kewenangan dalam bidang syariah, sehingga tentu fatwa-fatwa yang dimaksud adalah fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia. Sehingga dengan demikian, semua fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia yang menyangkut perbankan syariah berubah menjadi hukum positif sepanjang telah diakomodir oleh lembaga yang diatur dalam ketentuan pasal 8 ayat 1 undang-undang pembentukan peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, baik Peraturan Bank Indonesia maupun fatwa Dewan Syariah Nasional

Majelis Ulama Indonesia bisa dijadikan dasar hukum untuk kemudian dianalisa dengan konsep hukum jaminan dalam hukum islam.

2. Analisis Hukum Mengenai Konsep Jaminan Dalam akad Mudharabah Berdasarkan Hukum Islam.

Akad mudharabah adalah akad amanah, dengan status mudharib sebagai *yad al amanah* atau orang yang mendapatkan amanah.⁵ Menurut ulama klasik, dalam perjanjian mudharabah tidak diperlukan dan tidak dibenarkan adanya jaminan.⁶ Namun dalam praktek perbankan syari'ah di Indonesia, akad mudharabah wajib disertai jaminan.

Aturan mengenai jaminan dalam islam salah satunya terdapat dalam Surah Al Baqarah ayat 283 yang kutipan artinya berbunyi :

“jika kamu dalam perjalanan (dan bermuamalah tidak secara tunai) sedang kamu tidak memperoleh seorang penulis, maka hendaklah ada barang tanggungan yang dipegang (oleh yang berpiutang). Akan tetapi jika sebagian kamu mempercayai sebagian yang lain, maka hendaklah yang dipercayai itu menunaikan amanatnya (hutangnya) dan hendaklah ia bertaqwa kepada Allah Tuhannya, dan janganlah kamu (para saksi) menyembunyikannya, maka sesungguhnya ia adalah orang yang berdosa hatinya, dan Allah Maha Mengetahui apa yang kamu kerjakan”.

Dalam firman Allah tersebut terdapat pengecualian adanya barang jaminan, yaitu jika orang tersebut amanah, maka tidak diperlukan lagi adanya jaminan. Namun adanya jaminan juga tidak dilarang, sepanjang tidak ada larangan dalam syari'ah sesuai dengan prinsip dasar muamalah dimana pada dasarnya segala bentuk muamalat adalah mubah, kecuali yang ditentukan lain oleh Al Qur'an dan sunah Rasul. Hal tersebut sesuai dengan kaidah fiqh yang berbunyi *“Pada dasarnya, semua bentuk muamalah boleh dilakukan kecuali ada dalil yang mengharamkannya.”*

⁵Amni Nur Baits, *op. cit.*

⁶Taufiqul Hulam, Jaminan dalam Transaksi Akad Mudharabah pada Perbankan syari'ah. *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 22, Nomor 3, Oktober 2010, Halaman 530.

Jaminan dalam praktek perbankan syari'ah didukung dengan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh). Disebutkan dalam fatwa tersebut bahwa :

“pada prinsipnya, pembiayaan mudharabah tidak ada jaminan, namun agar mudharib tidak melakukan penyimpangan, Lembaga Keuangan Syari'ah dapat meminta jaminan dari mudharib atau pihak ketiga. Jaminan ini hanya dapat dicairkan apabila mudharib terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad.”

Adanya fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia tersebut memberikan kejelasan tentang dibolehkannya jaminan dalam akad mudharabah. Fatwa tersebut menimbulkan pertanyaan, karena berbeda dengan pendapat ulama-ulama terdahulu yang dengan tegas melarang adanya jaminan dalam akad mudharabah.

Empat Imam Mazhab terbagi menjadi dua kelompok dalam menyikapi permasalahan jaminan dalam mudharabah. Perbedaan tersebut dijelaskan dalam table berikut:

Tabel Perbandingan Perbedaan Pendapat Mazhab Terkait Jaminan

Mazhab Hambali dan Hanafi	Mazhab Maliki dan Syafi'i
Jika ada akad yang mensyaratkan jaminan, maka persyaratan jaminannya dinyatakan batal dan tidak berlaku	Jika ada akad yang mensyaratkan jaminan, maka persyaratan jaminannya tidak sah
Akad Mudharabahnya tetap sah.	Akad Mudharabah tidak sah.

Menurut analisa penulis, kerasnya para Imam Mazhab menghukumi persoalan jaminan karena mendasarkan pada prinsip akad mudharabah sebagai *yad amanah* (mendapat amanah) bukan *yad dhamanah* (harus menanggung semua resiko). Artinya kerjasama para pihak mengenai usaha bersama untuk memperjanjikan bagi hasil atas keuntungan, dan tidak boleh satu pihak menanggung semua resiko kerugian.

Mengutip pendapat Ibnu Qudamah, *“jika mudharib disyaratkan harus menyerahkan pertanggung jawaban untuk modal atau saham akibat resiko kerugian, maka syarat ini batil, kami tidak mengetahui adanya perbedaan dalam masalah ini.”* Dari pendapat tersebut terlihat bahwa tidak ada khilaf mengenai larangan adanya jaminan guna menanggung resiko kerugian.

Pengecualian terhadap larangan adanya jaminan dalam mudharabah dikemukakan oleh Syekh Manshur bin Yunus Al Buhuti dalam kitab Kasyaf al Qina, beliau mengatakan :

“tidak sah memberi jaminan untuk akad amanah, seperti wadiah, barang yang disewakan, atau modal musyarakah dan mudharabah. Karena barang ini bukan resiko bagi orang yang memegannya, sehingga bukan resiko bagi yang menjaminnya. Kecuali jika jaminan itu untuk keteledoran dalam akad amanah, sehingga boleh ada jaminan. Karena ketika teledor, harta menjadi tanggung jawab bagi yang memegannya, mirip seperti gashab”.

Pendapat al Buhuti tersebut menjadi dasar salah satu pasal dalam Al Ma’asyir as Syari’ah’iyah tentang mudharabah yaitu :

“boleh bagi pemilik modal untuk mengambil jaminan yang selayaknya dari akad mudharabah, dengan syarat pemodal tidak akan menyita jaminan ini kecuali jika ada tindakan tidak amanah, keteledoran atau menyalahi kesepakatan yang dibuat dalam akad mudharabah.”

Dari uraian diatas, meskipun terdapat larangan adanya jaminan dalam akad mudharabah tetapi juga terdapat pengecualian yang membolehkan adanya jaminan. Namun pengecualian tersebut diikuti syarat yang ketat, karena melenceng sedikit saja maka pemberian jaminan bisa tidak sah bahkan akad mudharabahnya juga tidak sah.

Penegasan larangan jaminan sebagai pengembalian modal bukan tanpa sebab, hal tersebut disebabkan karena jika tujuan adanya jaminan adalah untuk menjamin

pengembalian modal, maka akad mudharabah secara kaidah berubah menjadi akad *qardh* (utang).

Menurut Erwandi Tarmidzi, jaminan dalam mudharabah tidak digunakan untuk menjamin pengembalian modal oleh mudharib kepada shohibul maal, melainkan sebagai cambuk kepada mudharib untuk tetap amanah dan konsekuen dalam mengelola dana atau modal shohibul maal.⁷ Sehingga shohibul maal dalam hal ini Bank Syari'ah atau Lembaga Keuangan Syari'ah harus sangat berhati-hati dalam menggunakan fungsi jaminan dalam mudharabah, karena jika dimaksudkan untuk menjamin pengembalian modal, maka jaminan dalam mudharabah menyalahi prinsip syari'ah.

Pendapat senada diutarakan Amni Nur Baits yang menjelaskan “*ketika pemilik modal selalu dalam posisi aman, itulah prinsip riba*”. hal tersebut dimaksudkan, jika jaminan diposisikan sebagai penjamin pengembalian modal shahibul maal, maka shahibul maal tidak pernah diposisi rugi, hal tersebut dilarang sesuai dengan hadits dari Itab bin Usaid yang artinya “*Nabi Shallallahu ‘alaihi wa sallam melarangnya untuk mengambil keuntungan tanpa menanggung kerugian*”.⁸

Tegasnya larangan jaminan dalam akad mudharabah terjadi karena dikhawatirkan terjadinya pergeseran tujuan penjaminan dimana saat jaminan digunakan untuk penjaminan kembalinya modal, maka akad bisa menjadi haram. Dijelaskan oleh Erwandi Tarmidzi, jika shohibul maal mengatakan “*modal saya harus kembali penuh, meskipun bisnis merugi*” maka akad mudharabah menjadi batal dan secara otomatis berubah menjadi akad *qardh* atau pinjaman, ketika berubah menjadi akan *qardh*, maka keuntungan yang diperjanjikan menjadi riba.⁹

⁷Erwandi Tarmidzi, *op. cit.*

⁸Amni Nur Baits, *Ada Apa Dengan Riba*, Pustaka Muamalah Jogja, 2017.

⁹Hasil wawancara dengan Erwandi Tarmidzi dan dilengkapi dengan keterangan dalam kajian mengenai kitab matan abu syuja.

Menurut Erwandi Tarmidzi, dalam kaidah fiqh dimungkinkan akad berubah menjadi akad yang lain dengan sendirinya karena hakikat dan maknanya berubah, karena dalam akad bukan soal nama dan lafadznya saja, melainkan soal hakikat dan maknanya. Hal tersebut yang mendasari larangan adanya jaminan dalam mudharabah karena kemungkinan mudharabah berubah menjadi qardh.

Tabel Perbandingan Perbedaan Antara Mudharabah dengan Qardh

Mudharabah	Qardh
<i>Yad amanah</i> (mendapat amanah)	<i>Yad dhamanah</i> (menanggung resiko)
Modal tidak boleh dijamin pengembaliannya. Jika usaha rugi bukan karena kelalaian mudharib, maka mudharib tidak berkewajiban mengembalikan modal shahibul maal.	Dijamin pengembalian uangnya. Uang yang menjadi obyek qardh wajib dikembalikan oleh debitur apapun kondisinya.
Boleh mengambil keuntungan. Karena tujuan dari mudharabah adalah investasi, maka diperbolehkan mengambil keuntungan dari modal yang disetor shahibul maal.	Tidak boleh mengambil keuntungan dari qardh (utang). Ibnu Qudamah mengatakan “ <i>semua utang yang mempersyaratkan harus dilebihkan (pelunasannya) hukumnya haram tanpa ada perbedaan (sepakat ulama)</i> ”. (al Mughni, 4/390)
Usaha jelas. Modal dari shahibul maal harus digunakan untuk berdagang guna mencari keuntungan.	Usaha tidak jelas. Uang boleh digunakan untuk keperluan apa saja tanpa ada kewajiban harus digunakan untuk usaha.
Tidak terjadi peralihan hak milik (mudharib sebagai wakil dari shahibul maal, bukan sebagai pemilik modal)	Terjadi peralihan hak milik antara kreditur dengan debitur (obyek qardh bebas digunakan oleh debitur karena hak milik beralih)

Dari table diatas dapat dilihat adanya perbedaan yang sangat mendasar antara *mudharabah* dengan *qardh*. Perbedaan yang cukup mencolok pada unsur pengembalian modal. Dimana pada mudharabah modal tidak boleh dijamin pengembaliannya kecuali jika ada kelalaian atau kecurangan yang dilakukan oleh shahibul maal sedangkan dalam

qardh, pengembaliannya bersifat wajib. Menurut Erwandi Tarmidzi, perbedaan mendasar antara mudharabah dengan qardh (kredit) adalah dana yang diterima oleh mudharib tidak dijamin dari kerugian, sedangkan dana yang diterima dari kreditur wajib dijamin oleh pihak debitur.

Mudharabah merupakan akad yang bertujuan mencari keuntungan hasil dari investasi yang dilakukan oleh shohibul maal kepada mudharib. Sehingga, dalam prinsip mudharabah, yang harus diyakini oleh shohibul maal atau kreditur (dalam hal ini adalah Bank Syariah) adalah mengenai kemauan dan kemampuan mudharib dalam mengelola usaha dan mendatangkan keuntungan, sedangkan keuntungan dalam mudharabah bukanlah sebuah kewajiban, melainkan merupakan tujuan. Sehingga Amni Nur Baits mengatakan :

”Dalam kaidah mudharabah berlaku rumus keseimbangan, dimana peluang untung sama dengan resiko rugi. Artinya, siapa saja yang ingin mendapatkan peluang untung maka dia harus siap dengan resiko rugi. Sebagaimana shahibul maal menghendaki keuntungan dari modal yang dia berikan, shahibul maal juga harus siap dengan resiko kerugian.”

Dari uraian diatas dapat disimpulkan bahwa pada prinsipnya akad mudharabah tidak memerlukan jaminan, namun guna mencegah mudharib berbuat lalai dan melakukan kecurangan, maka shahibul maal dapat meminta jaminan kepada mudharib. Jaminan tersebut tidak boleh digunakan untuk menjamin pengembalian modal, kecuali jika mudharib nyata-nyata lalai atau melakukan kecurangan yang menyebabkan kerugian.

B. ANALISA MENGENAI KEABSAHAN PEMASANGAN HAK TANGGUNGAN PADA AKAD MUDHARABAH

1. Konsep Hukum Jaminan Dalam Peraturan perundang-undangan.

Menganalisa keabsahan Hak Tanggungan pada akad mudharabah berarti menganalisa dasar hukum Hak Tanggungan yang bersumber pada hukum positif (Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan) dengan menggunakan konsep jaminan mudharabah menurut Hukum Islam.

Hak Tanggungan tidak dapat dilepaskan dari ketentuan Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan, sehingga untuk menilai apakah pemasangan Hak Tanggungan tersebut sah atau tidak dalam perspektif hukum positif, cukup dengan memperhatikan ketentuan dalam Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan.

Pasal 13 dan pasal 14 Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan menjelaskan bahwa:

Hak Tanggungan sah dan mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan jika telah didaftarkan pada Kantor Badan Pertanahan Nasional setempat selambat-lambatnya 7 hari kerja setelah penandatanganan Akta Pembebanan Hak Tanggungan yang kemudian terbit Sertipikat Hak Tanggungan.

Disisi lain, karena sifat Hak Tanggungan adalah perjanjian assessor, maka menganalisa keabsahan pemasangan Hak Tanggungan tidak dapat dilakukan parsial. Hal tersebut karena Hak Tanggungan bergantung pada perjanjian pokok, yang artinya jika perjanjian pokok tidak sah, maka Hak Tanggungan juga batal.

Dalam sub bab ini, penulis akan menganalisa konsep Hak Tanggungan pada akad mudharabah menurut hukum positif dengan menggunakan pisau analisa konsep hukum jaminan dalam mudharabah menurut hukum islam untuk kemudian dapat diambil kesimpulan apakah pemasangan Hak Tanggungan pada akad mudharabah sah karena telah sesuai dengan konsep hukum islam atau malah sebaliknya.

Bank Syari'ah di Indonesia didefinisikan sebagai bank yang menjalankan usahanya berdasarkan prinsip syari'ah sebagaimana diamanatkan Pasal 1 ayat (7) Undang-undang

Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah. Sehingga dengan demikian, segala kegiatan usaha yang dilakukan oleh Bank Syari'ah harus tunduk kepada dua hukum, yaitu hukum islam dan hukum positif. Oleh sebab itu, menganalisa mengenai keabsahan pemasangan Hak Tanggungan pada akad mudharabah disatu sisi adalah menganalisa Hak Tanggungan dari dua perspektif hukum, yaitu hukum positif dan hukum islam.

Telah dijelaskan pada sub bab sebelumnya bahwa pada prinsipnya, akad mudharabah tidak memerlukan jaminan yang diberikan oleh mudharib kepada shahibul maal. Karena mudharabah merupakan akad amanah. Namun, dalam praktek perbankan syari'ah di Indonesia, akad mudharabah wajib disertai dengan jaminan guna memenuhi ketentuan *collateral* dalam prinsip 5c.

Kewajiban adanya jaminan dalam pembiayaan pada perbankan syari'ah di Indonesia diatur dalam ketentuan Pasal 23 Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah yang kutipannya berbunyi:

- 1) Bank Syariah dan/atau UUS harus mempunyai keyakinan atas kemauan dan kemampuan calon Nasabah Penerima Fasilitas untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya, sebelum Bank Syariah dan/atau UUS menyalurkan dana kepada Nasabah Penerima Fasilitas.
- 2) Untuk memperoleh keyakinan sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Bank Syariah dan/atau UUS wajib melakukan penilaian yang saksama terhadap watak, kemampuan, modal, Agunan, dan prospek usaha dari calon Nasabah Penerima Fasilitas.

Sedangkan dalam penjelasan pasal 23 tersebut dijelaskan:

- 1) Kemauan berkaitan dengan iktikad baik dari Nasabah Penerima Fasilitas untuk membayar kembali penggunaan dana yang disalurkan oleh Bank Syariah dan/atau UUS.

Kemampuan berkaitan dengan keadaan dan/atau asset Nasabah Penerima Fasilitas sehingga mampu untuk membayar kembali penggunaan dana yang disalurkan oleh Bank Syariah dan/atau UUS.

- 2) Penilaian watak calon Nasabah Penerima Fasilitas terutama didasarkan kepada hubungan yang telah terjalin antara Bank Syariah dan/atau UUS dan Nasabah atau calon Nasabah yang bersangkutan atau informasi yang diperoleh dari pihak lain yang dapat dipercaya sehingga Bank Syariah dan/atau UUS dapat menyimpulkan bahwa calon Nasabah Penerima Fasilitas yang bersangkutan jujur, beriktikad baik, dan tidak menyulitkan Bank Syariah dan/atau UUS di kemudian hari.

Penilaian kemampuan calon Nasabah Penerima Fasilitas terutama Bank harus meneliti tentang keahlian Nasabah Penerima Fasilitas dalam bidang usahanya dan/atau kemampuan manajemen calon Nasabah sehingga Bank Syariah dan/atau UUS merasa yakin bahwa usaha yang akan dibiayai dikelola oleh orang yang tepat.

Penilaian terhadap modal yang dimiliki calon Nasabah Penerima Fasilitas, terutama Bank Syariah dan/atau UUS harus melakukan analisis terhadap posisi keuangan secara keseluruhan, baik untuk masa yang telah lalu maupun perkiraan untuk masa yang akan datang sehingga dapat diketahui kemampuan permodalan calon Nasabah Penerima Fasilitas dalam menunjang pembiayaan proyek atau usaha calon Nasabah yang bersangkutan.

Dalam melakukan penilaian terhadap Agunan, Bank Syariah dan/atau UUS harus menilai barang, proyek atau hak tagih yang dibiayai dengan fasilitas Pembiayaan yang bersangkutan dan barang lain, surat berharga atau garansi risiko yang ditambahkan sebagai Agunan tambahan, apakah sudah cukup memadai sehingga apabila Nasabah Penerima Fasilitas kelak tidak dapat melunasi kewajibannya, Agunan tersebut dapat digunakan untuk menanggung pembayaran kembali Pembiayaan dari Bank Syariah dan/atau UUS yang bersangkutan.

Penilaian terhadap proyek usaha calon Nasabah Penerima Fasilitas, Bank Syariah terutama harus melakukan analisis mengenai keadaan pasar, baik di dalam maupun di luar negeri, baik untuk masa yang telah lalu maupun yang akan datang sehingga dapat diketahui prospek pemasaran dari hasil proyek atau usaha calon Nasabah yang akan dibiayai dengan fasilitas Pembiayaan.

Ketentuan mengenai adanya kewajiban menilai jaminan dalam rangka pembiayaan pada Bank Syari'ah secara tegas telah diatur dalam ketentuan Pasal 23 Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah tersebut. Sehingga tidak ada pilihan lain yang bisa dilakukan oleh Bank Syari'ah selain harus tunduk pada ketentuan pasal ini. Ketentuan pasal diatas merupakan pengaturan secara umum mengenai jaminan dalam pembiayaan pada Bank Syari'ah, sehingga, mudharabah yang merupakan salah satu produk pembiayaan pada Bank Syari'ah tentu terikat dalam ketentuan aturan tersebut.

Selain diatur dalam Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, ketentuan jaminan diatur dalam Peraturan Bank Indonesia nomor 7/46/PBI/2005 tentang akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah. Pada ketentuan Pasal 8 huruf o Peraturan Bank Indonesia tersebut dijelaskan bahwa Bank dapat meminta jaminan atau agunan untuk mengantisipasi risiko apabila nasabah tidak dapat memenuhi kewajiban sebagaimana dimuat dalam Akad karena kelalaian dan atau kecurangan.

Jika diperhatikan dengan seksama, dalam Peraturan Bank Indonesia, tidak ditemukan ketentuan mengenai adanya jaminan dalam pembiayaan syari'ah, Namun, karena Bank Indonesia telah mengakomodir Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia tentang prinsip syari'ah, sehingga dengan demikian secara tidak langsung, Peraturan Bank Indonesia telah mengatur ketentuan jaminan dalam pembiayaan syari'ah sesuai dengan fatwa yang dikeluarkan oleh Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia.

Dalam Peraturan Bank Indonesia nomor 10/16/PBI/2008, pada pasal 1 angka 6, disebutkan: *“Sehingga, jika mengacu pada ketentuan pada Peraturan Bank Indonesia tersebut, maka fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia yang menyangkut jaminan bisa digunakan sebagai dasar hukum aturan jaminan pada perbankan syari'ah.”*

Fatwa-fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia yang dijadikan dasar jaminan antara lain:

- a. Fatwa DSN-MUI Nomor 68/DSN-MUI/III/2008 tentang Rahn Tasjilly
- b. Fatwa DSN-MUI Nomor 92/DSN-MUI/IV/2014 tentang Pembiayaan Yang disertai Rahn tal-Tamwil al-Mautsuq bi al-Rahn.
- c. Fatwa DSN-MUI Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh)

- d. Fatwa DSN-MUI Nomor 08/OSN-MUIIIV/2000 tentang Pembiayaan Musyarakah
- e. Fatwa OSN-MUI Nomor 10/OSN-MUIIIV/2000 tentang Wakalah
- f. Fatwa DSN-MUI Nomor 25/OSN-MUIIIII/2002 tentang Rahn
- g. Fatwa DSN-MUI Nomor 74/DSN-MUIIIII/2009 tentang Penjaminan syariah

Dari peraturan diatas, ada beberapa hal yang harus diperhatikan supaya ketentuan hukum positif tidak bertentangan dengan konsep jaminan dalam islam. Karena masih terdapat kesenjangan antara ketentuan pasal 23 undang-undang perbankan syariah dengan prinsip syari'ah.

Dalam Pasal 23 ayat (1) Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah dijelaskan adanya unsur keyakinan Bank Syariah atas kemauan dan kemampuan nasabah untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya, jika dikaitkan dengan prinsip mudharabah, maka unsur yang terdapat pada Pasal 23 ayat (1) ini bertentangan dengan prinsip syari'ah. Kesenjangan tersebut terjadi karena dalam investasi yang sesuai dengan prinsip syari'ah, tidak boleh ada ketentuan mengenai jaminan pengembalian dana dari pengelola usaha kepada investor, karena prinsip investasi yang mendatangkan keuntungan tapi dijamin pengembaliannya adalah prinsip riba.¹⁰

Mudharabah merupakan akad yang bertujuan mencari keuntungan hasil dari investasi yang dilakukan oleh shohibul maal kepada mudharib. Sehingga, dalam prinsip mudharabah, yang harus diyakini oleh shohibul maal atau kreditur (dalam hal ini adalah Bank Syariah) adalah mengenai kemauan dan kemampuan mudharib dalam mengelola usaha dan mendatangkan keuntungan serta amanah atau tidaknya mudharib, sedangkan keuntungan dalam mudharabah bukanlah sebuah kewajiban, melainkan merupakan tujuan. Sehingga dengan demikian, adanya kewajiban pembayaran secara utuh dan

¹⁰Ammi Nur Baits, *op. cit.*

tepat waktu yang terdapat pada ketentuan pasal 23 ayat 1 ini bertentangan dengan prinsip syari'ah.

Undang-undang perbankan syari'ah tidak berdiri sendiri dalam mengatur jaminan, karena dalam pelaksanaannya banyak didukung dengan aturan lain. Dalam Peraturan Bank Indonesia Pasal 8 huruf o Peraturan Bank Indonesia nomor 7/46/PBI/2005 tentang akad Penghimpunan dan Penyaluran Dana Bagi Bank Yang Melaksanakan Kegiatan Usaha Berdasarkan Prinsip Syari'ah, dijelaskan bahwa Bank dapat meminta jaminan atau agunan untuk mengantisipasi risiko apabila nasabah tidak dapat memenuhi kewajiban sebagaimana dimuat dalam Akad karena kelalaian dan atau kecurangan. Prinsip dalam Peraturan Bank Indonesia ini sesuai dengan fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia nomor Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh) pada bab ketentuan pembiayaan nomor 7 yang berbunyi pada prinsipnya, dalam pembiayaan mudharabah tidak ada jaminan, namun agar mudharib tidak melakukan penyimpangan, LKS (Lembaga Keuangan Syari'ah) dapat meminta jaminan dari mudharib atau pihak ketiga. Jaminan ini dapat dicairkan apabila mudharib terbukti melakukan pelanggaran terhadap hal-hal yang telah disepakati bersama dalam akad. Sehingga jelas sekali terdapat kesenjangan prinsip mengenai posisi jaminan antara ketentuan pasal 23 undang-undang perbankan syari'ah dengan Peraturan Bank Indonesia dan dengan fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia.

Kesenjangan antara ketentuan pasal 23 undang-undang perbankan syari'ah dengan Peraturan Bank Indonesia yang mendasar pada fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia adalah sebagai berikut:

Tabel Perbandingan Ketentuan Jaminan dalam Undang-undang Perbankan Syariah dengan Peraturan Bank Indonesia

Pasal 23 undang-undang perbankan syari'ah	Peraturan Bank Indonesia yang mendasar pada fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia
<p>Jaminan (<i>collateral</i>) digunakan untuk memperoleh keyakinan atas kemauan dan kemampuan calon nasabah penerima fasilitas untuk melunasi seluruh kewajiban pada waktunya.</p>	<p>Jaminan digunakan untuk mengantisipasi resiko apabila nasabah tidak dapat memenuhi kewajiban dalam akad karena kelalaian atau kecurangan dan sebagai garansi agar mudharib tidak melakukan penyimpangan dalam mengelola dana dari shahibul maal atau Bank Syari'ah.</p>
<p>Jaminan digunakan saat debitur atau mudharib tidak dapat memenuhi kewajiban dalam akad.</p>	<p>Jaminan digunakan jika debitur atau mudharib tidak memenuhi kewajiban karena kelalaian atau melakukan kecurangan.</p>

Dari tabel perbandingan diatas dapat dilihat bahwa konsep jaminan pada Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah berbeda dengan konsep jaminan berdasarkan Fatwa Dewan Syariah Nasional Majelis Ulama Indonesia Nomor 07/DSN-MUI/IV/2000 tentang Pembiayaan Mudharabah (Qiradh), sehingga, jika konsep jaminan pada akad mudharabah mengacu pada ketentuan Pasal 23 Undang-undang Nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah, maka sama saja dengan menjamin pengembalian modal shahibul maal. Dan hal semacam itu bertentangan dengan prinsip syari'ah yang menjadi tujuan undang-undang perbankan syari'ah.

2. Keabsahan Hak Tanggungan Pada Akad Mudharabah

Adanya kewajiban mengenai jaminan pada Bank Syari'ah tentu membutuhkan instrumen hukum yang memberikan kepastian bahwa jaminan dapat digunakan sebagaimana mestinya. Sehingga Hak Tanggungan dipilih sebagai instrument yang mampu memberikan kepastian hukum tersebut.

Hak Tanggungan mempunyai keistimewaan karena terdapat mempunyai kekuatan eksekutorial yang sama dengan putusan pengadilan atau dikenal dengan asas parate

eksekusi, yaitu jika salah satu pihak (in casu mudharib) tidak dapat memenuhi apa yang ada didalam akad, maka barang jaminan yang dipasang Hak Tanggungan dapat langsung dilelang oleh kreditur.

Menurut penulis, penggunaan Hak Tanggungan sebagai lembaga jaminan pada akad mudharabah adalah kurang tepat, karena secara definisi, Hak Tanggungan adalah hak jaminan yang digunakan untuk pelunasan utang. Sedangkan mudharabah adalah bukan akad utang melainkan akad kerjasama. Namun, Indonesia belum memiliki lembaga lain yang memiliki kepastian hukum seperti Hak Tanggungan terkait jaminan dengan obyek hak atas tanah. Dengan kata lain, tidak ada pilihan lain kecuali menggunakan Hak Tanggungan. Ditambah lagi adanya.

Pembebanan Hak Tanggungan pada akad mudharabah tidak boleh disamakan penerapannya dengan pembebanan Hak Tanggungan pada perjanjian kredit konvensional. Karena prinsip pembebanan Hak Tanggungan dalam akad mudharabah pada Bank Syari'ah berbeda dengan prinsip pembebanan Hak Tanggungan pada Bank Konvensional.

Hak Tanggungan pada kredit Bank Konvensional digunakan untuk menjamin pekunasan utang sebagaimana definisi Hak Tanggungan pada Undang-undang Hak Tanggungan. Pada saat debitur cidera janji dengan tidak menepati apa yang telah diperjanjikan, maka kreditur dapat langsung melelang Hak Tanggungan tersebut dengan menggunakan asas parate eksekusi yang melekat pada hak tanggungan.

Asas parate eksekusi hak tanggungan memberikan kemudahan dan kepastian pelaksanaan eksekusi yang dilakukan oleh pemegang Hak Tanggungan dengan cara pelelangan umum. Satu hal yang menyebabkan Hak Tanggungan menjadi tidak sah dan batal demi hukum adalah saat ada janji yang memberikan kewenangan kepada pemegang Hak Tanggungan untuk memiliki obyek Hak Tanggungan saat debitur

wanprestasi. Hal tersebut dijelaskan pada pasal 12 Undang-undang Hak Tanggungan yang mengakibatkan Hak Tanggungan batal demi hukum. Namun asas ini tidak bisa serta merta diterapkan pada Hak Tanggungan yang bersumber pada akad mudharabah.

Menurut analisa penulis, penerapan asas parate eksekusi Hak Tanggungan dalam akad mudharabah tidak boleh serta merta dilaksanakan sebagaimana Hak Tanggungan pada perjanjian kredit bank konvensional. Hal tersebut terjadi karena jika melaksanakan asas parate eksekusi secara serta merta saat terjadi wanprestasi sama saja menjamin pengembalian utang sebagaimana definisi Hak Tanggungan dalam Undang-undang Hak Tanggungan,¹¹ sedangkan dalam kaidah mudharabah penjaminan terhadap pengembalian modal adalah dilarang.

Dalam uraian sub bab sebelumnya, sudah dijelaskan bahwasannya Hak Tanggungan dalam akad mudharabah bukanlah sebagai jaminan pengembalian modal milik shahibul maal (kreditur), namun sebagai cambuk supaya mudharib tidak melanggar apa yang telah ditentukan oleh shahibul maal dalam rangka mengelola dana.

Dalam hal terjadi wanprestasi dimana mudharib tidak dapat melaksanakan kewajibannya dalam akad, maka sebelum Hak Tanggungan dapat dieksekusi haruslah dilakukan penelitian lebih lanjut mengenai penyebab mudharib tidak melaksanakan kewajibannya. Apakah hal tersebut diakibatkan karena kelalaian mudharib dalam mengelola dana sehingga menimbulkan kerugian ataukah murni karena factor diluar kesengajaan dan bukan merupakan kelalaian mudharib.

Dalam hal terjadi wanprestasi yang menyebabkan kerugian, dimungkinkan terjadi kesenjangan antara mudharib dengan shahibul maal. Kesenjangan tersebut terjadi saat usaha yang dikelola mudharib mengalami kerugian yang menyebabkan ia wanprestasi dan mengklaim bahwa kerugian tersebut bukanlah akibat dari kelalaiannya, dilain pihak

¹¹Pasal 1 ayat 1 Undang-undang Hak Tanggungan dimana pada pokoknya dijelaskan Hak Tanggungan adalah jaminan kebendaan untuk pelunasan utang tertentu.

shahibul maal juga bisa mengklaim bahwa kerugian tersebut akibat dari mudharib lalai. Dalam konteks mudharabah, penentuan kelalaian mudharib sangat penting untuk dilakukan karena berakibat hukum kepada siapa yang harus menanggung kerugian.

Mudharib yang terbukti lalai dalam mengelola modal dari shahibul maal wajib menanggung kerugian yang diderita oleh shahibul maal, sebaliknya jika mudharib tidak terbukti melakukan kelalaian maka mudharib tidak dibebani untuk mengembalikan modal shahibul maal. Hal tersebut menandakan bahwasannya untuk dapat menentukan adanya kelalaian atau tidak, haruslah dilakukan penilaian terlebih dahulu dari kedua belah pihak. Disinilah asas parate eksekusi hak tanggungan tidak boleh secara serta merta diterapkan.

Ketika mudharib wanprestasi, maka shahibul maal sebagai kreditur tidak boleh melelang obyek Hak Tanggungan sebelum terlebih dahulu membuktikan adanya kelalaian dari pihak mudharib. Jika mudharib melaporkan bahwa usahanya tidak ada untung, sementara pemodal mengklaim ada untung dan meminta bagi hasil, maka posisi ini klaim pemodal harus diiringi dengan bukti. Sementara jika tidak ada bukti, yang dimenangkan adalah pernyataan mudharib.¹²

Shahibul maal memang diberikan hak oleh undang-undang untuk melelang obyek Hak Tanggungan saat terjadi wanprestasi. Namun, jika shahibul maal nekad melakukan hal tersebut jelas menimbulkan resiko hukum. Baik secara kaidah syari'ah maupun dari hukum positif.

Dalam kondisi factual dilapangan, saat mudharib gagal bayar dan tidak melaksanakan apa yang dijanjikan dalam akad, maka pihak shahibul maal atau kreditur akan langsung mengambil tindakan untuk menuju proses lelang tanpa didahului

¹²Amni Nur Baits, *op. cit.*

penelitian terhadap penyebab debitur gagal bayar. Karena kreditur berprinsip tidak melakukan apa yang sesuai dengan akad maka hal tersebut adalah wanprestasi.¹³

Menurut analisa penulis, pelaksanaan asas parate eksekusi Hak Tanggungan secara serta merta pada akad mudharabah dapat menyebabkan Hak Tanggungan batal demi hukum karena akad mudharabah sebagai perjanjian pokoknya batal demi hukum. Hal tersebut dikarenakan posisi Hak Tanggungan menjadi penjamin pengembalian modal, hal tersebut ditandai dengan tidak dipertimbangkannya unsur adanya kelalaian atau tidak yang menyebabkan mudharib wanprestasi. Padahal jika mudharib tidak melakukan kelalaian, maka Hak Tanggungan jelas tidak boleh dilelang.

Tidak ada khilaf dikalangan jumbuh ulama terhadap larangan adanya barang jaminan sebagai penjamin pengembalian modal dalam mudharabah. Sehingga saat asas parate eksekusi hak tanggungan dilaksanakan secara serta merta tanpa melihat apakah itu karena kelalaian mudharib atau bukan, secara kaidah syari'ah akad mudharabah telah batal.

Akad mudharabah ditinjau dari segi hukum positif tidak dapat dilepaskan dari ketentuan pasal 1320 Kitab Undang Undang Hukum Perdata. Pasal tersebut menjelaskan mengenai syarat sahnya perjanjian, didalamnya terdapat syarat subyektif dan syarat obyektif. Jika tidak terpenuhi syarat subyektif, maka perjanjian batal demi hukum, sedangkan jika tidak dipenuhi syarat obyektif, maka perjanjian dapat dibatalkan.

Syarat subyektif sahnya perjanjian terdapat pada ketentuan pasal 1320 angka 1 dan angka 2, sedangkan syarat obyektif diatur pada angka 3 dan 4. Pada angka 4 pasal tersebut dijelaskan mengenai kausa yang halal. Dimana jika syarat ini tidak dipeuhi, maka perjanjian dapat dibatalkan.

¹³Hasil wawancara dengan Muhammad Nazzam, Marketing BRI Syariah Cabang Ponorogo.

Menurut subekti, kausa yang halal dapat diartikan sebagai sebab atau tujuan perjanjian, sehingga sebuah perjanjian sah jika kedua belah pihak sepakat terhadap sebab dilakukannya perjanjian tersebut dan sepakat terhadap tujuan perjanjian tersebut.

Tujuan Pemasangan Hak Tanggungan yang multitafsir antara kedua belah pihak menyebabkan perbedaan tujuan yang mengakibatkan tidak terpenuhinya ketentuan pasal 1320 angka 4. Menurut Habib Adjie,¹⁴ pembatalan terhadap akad dimungkinkan terjadi jika memang tidak terpenuhinya ketentuan pasal 1320 jo pasal 1337 Kitab Undang Undang Hukum Perdata yang secara spesifik mensyaratkan kausa yang halal.

Tujuan perjanjian atau akad mudharabah adalah investasi untuk memperoleh keuntungan dengan cara-cara yang halal sesuai kaidah syari'ah. Sehingga saat para pihak telah sepakat dalam akad mudharabah, keduanya dianggap telah paham syarat dan rukun mudharabah yang harus dipenuhi, karena tujuan para pihak jelas mencari keuntungan dengan cara yang sesuai syari'ah.

Menurut analisa penulis, jika salah satu pihak tidak memahami kaidah mudharabah dengan jelas dan terang, maka syarat kausa yang halal dalam pasal 1320 angka 4 tidak dapat terpenuhi, karena kedua belah pihak dimungkinkan tidak satu tujuan dalam perjanjian tersebut. Itulah kenapa Umar bin al-Khattab R.A. keras dalam hal muamalat dengan atsar yang berbunyi *“jangan berjualan dipasar ini para pedagang yang tidak mengerti dien (muamalat)”*.

Dari atsar diatas terlihat pentingnya pemahaman kedua belah pihak terhadap kaidah mudharabah sebelum berakad adalah karena adanya implikasi syarat akad sebagaimana dijelaskan Yusuf As Sabatin yaitu adanya sejumlah kewajiban yang ditentukan oleh akad untuk kemaslahatan salah satu atau kedua pihak yang berakad. Sebab, semua beban (taklif) untuk melakukan atau meninggalkan suatu perbuatan wajib

¹⁴Wawancara dengan Habib Adjie, Notaris-PPAT di Surabaya

sesuai dengan konsekuensi akad atas salah satu pihak yang berakad untuk kemaslahatan pihak lain. Artinya tidak semua implikasi akad mudharabah harus dituliskan dalam akad, karena secara otomatis semua mengikat kepada para pihak.

Dihubungkan dengan pembahasan asas parate eksekusi hak tanggungan pada akad mudharabah, maka tanpa harus diperjelas dalam akad mudharabah, kreditur dan debitur sudah dianggap tahu akibat dari adanya Hak Tanggungan dalam akad mudharabah, sehingga kreditur tidak boleh serta merta melakukan eksekusi terhadap obyek Hak Tanggungan sebelum dilakukan penilaian terhadap kelalaian yang menjadi penyebab debitur wanprestasi. Disisi lain, debitur juga terjamin hak nya saat terjadi wanprestasi yang bukan karena kelalaiannya karena sesuai konsep syari'ah, maka jaminan tidak harus dilelang jika wanprestasi bukan akibat dari kelalaiannya. Sehingga, saat kreditur dengan serta merta melakukan pelelangan terhadap obyek Hak Tanggungan tanpa melakukan penilaian terlebih dahulu terhadap debitur, maka hal tersebut menciderai ketentuan pasal 1320 ayat 4 Kitab Undang Undang Hukum Perdata. Karena terjadi kesenjangan dalam tujuan pemasangan Hak Tanggungan antara kreditur dengan debitur atau shahibul maal dengan mudharib.

Hal tersebut dimungkinkan terjadi karena debitur memahami adanya jaminan dalam akad mudharabah adalah bukan untuk menjamin pengembalian modal. Sehingga saat terjadi wanprestasi terlebih dahulu harus dinilai apakah wanprestasi tersebut terjadi karena kelalaian debitur atau bukan. Dan jika ternyata kreditur tidak melakukan penilaian terlebih dahulu terhadap debitur, maka kreditur tidak amanah terhadap implikasi akad sebagai konsekuensi hukum sebuah akad karena menggunakan Hak Tanggungan sebagai penjamin pengembalian modal tanpa memperdulikan apakah wanprestasi tersebut akibat dari kelalaian atau bukan.

Kreditur yang secara serta merta mengeksekusi Hak Tanggungan dan menganggap eksekusi tersebut adalah jaminan pengembalian modal tentu akan menimbulkan kesenjangan tujuan pemasangan Hak Tanggungan antara kreditur dengan debitur. Dan kesenjangan ini bertentangan dengan ketentuan pasal 1320 ayat 4 Kitab Undang Undang Hukum Perdata. Padahal syarat sahnya perjanjian adalah kedua belah pihak satu tujuan dan punya sebab yang sama ketika mengikatkan diri terhadap perjanjian tersebut. Hal tersebut dapat menjadi dasar untuk pembatalan perjanjian atau akad mudharabah karena tidak terpenuhinya syarat sah perjanjian. Pembatalan akad tersebut otomatis berimbas terhadap pemasangan Hak Tanggungan sebagai perjanjian asesor yang mengikutinya, Hak Tanggungan menjadi batal saat akadnya batal. Namun secara kaidah hukum positif, pembatalan terhadap akta otentik tidak serta merta dapat dilakukan, haruslah menggunakan instrumen hukum berupa putusan pengadilan. Sehingga, untuk dapat membatalkan atau menyatakan Hak Tanggungan batal demi hukum haruslah melalui proses peradilan.

Lembaga peradilan dipilih sebagai opsi untuk menyelesaikan sengketa antara shahibul maal dengan mudharib karena memberikan kepastian hukum terkait sengketa yang dihadapi para pihak.

Pasal 49 undang-undang nomor 3 tahun 2006 tentang Perubahan Atas Undang-undang Nomor 7 tahun 1989 tentang Peradilan Agama menyebutkan bahwa Pengadilan Agama bertugas dan berwenang memeriksa, memutus dan menyelesaikan perkara ditingkat pertama antara orang-orang yang beragama islam dibidang : i. Ekonomi Syariah.

Menurut Asrofi¹⁵, dalam menyelesaikan sengketa ekonomi syaria'ah pengadilan akan memutus berdasarkan apa yang dimohonkan oleh para pihak, karena Pengadilan

¹⁵Wawancara dengan Drs. Asrofi, S.H., M. H., Ketua Pengadilan Agama Ponorogo.

dalam ranah perdata tidak boleh melanggar asas ultra petita¹⁶. In casu Hakim pemeriksa harus melihat dulu apa yang dimohonkan oleh para pihak, apakah menilai akadnya yang kemudian berujung pada petitium pembatalan akad ataukah melakukan penilaian terhadap kelalaian yang tidak memohonkan pembatalan akad namun menentukan siapa yang menanggung kerugian.

Menurut Habib Adjie,¹⁷ pembatalan terhadap akad dimungkinkan terjadi jika memang tidak terpenuhinya ketentuan pasal 1320 jo pasal 1337 Kitab Undang Undang Hukum Perdata yang secara spesifik mensyaratkan kausa yang halal. Sehingga dengan adanya klausula dalam akad yang bertentangan dengan prinsip syari'ah maka kausa yang halal menjadi tidak terpenuhi.

Menurut analisa penulis, peran semua pihak mulai dari shahibul maal, mudharib maupun notaris pencatat bahkan saksi saat akad mutlak diperlukan supaya pemasangan Hak Tanggungan bebas dari resiko batal demi hukum atau dapat dibatalkan. Sayangnya, tidak semua pihak memahami kaidah-kaidah mudharabah pada saat berakad. Sehingga jika dikemudian hari muncul perselisihan, akan sangat beresiko terhadap batalnya akad yang berimbas batalnya Hak Tanggungan.

Habib Adjie berpendapat, meskipun isi akta merupakan kehendak para pihak sebagaimana disebutkan dalam ketentuan pasal 38 Undang-undang Nomor 2 tahun 2014 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 30 tahun 2004 tentang Jabatan Notaris, namun jika isi akta bertentangan dengan ketentuan pasal 1337¹⁸ Kitab Undang Undang Hukum Perdata in casu dalam hal ini bertentangan dengan kaidah syari'ah maka notaris harusnya menolak untuk membuat akta tersebut. Sehingga peran aktif

¹⁶Ketentuan ultra petita diatur dalam pasal 178 ayat 2 dan ayat 3 HIR serta dalam pasal 189 ayat 2 dan ayat 3 RBg yaitu prinsip yang melarang seorang hakim memutus melebihi apa yang dituntut (petitum).

¹⁷Habib Adjie, *op. cit.*

¹⁸Pasal 1337 Kitab Undang Undang Hukum Perdata berbunyi : suatu sebab adalah terlarang, apabila dilarang oleh undang-undang atau apabila berlawanan dengan kesusilaan baik atau ketertiban umum.

notaris sangat diperlukan dalam menjamin lurusnya kaidah syari'ah dalam akta yang dia buat.

Keabsahan pemasangan Hak Tanggungan dalam akad mudharabah tidak bisa terlepas dari maksud dan tujuan pemasangan Hak Tanggungan tersebut. Jika pemasangan Hak Tanggungan tersebut adalah dimaksudkan guna menjamin mudharib amanah dan akan mengelola dana shahibul maal dengan baik, maka Hak Tanggungan sah. dengan segala konsekuensi yang melekat kepadanya dimana pada saat terjadi wanprestasi maka Hak Tanggungan tidak serta merta dilelang berdasar asas parate eksekusi.

Sebaliknya, Hak Tanggungan menjadi tidak sah jika Hak Tanggungan digunakan sebagai penjamin pengembalian modal shahibul maal. Jika dalam akad mudharabah dituliskan bahwa Hak Tanggungan bukanlah penjamin pengembalian modal namun pada saat terjadi wanprestasi shahibul maal dengan serta merta melelang tanpa mempedulikan apakah penyebab wanprestasi tadi merupakan kelalaian mudharib atau bukan, maka hal tersebut sama saja menggunakan Hak Tanggungan sebagai jaminan pengembalian modal. Hal tersebut adalah dilarang dan menjadikan Hak Tanggungan batal demi hukum.

BAB IV

PENUTUP

A. KESIMPULAN

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan, maka akan diuraikan kesimpulan sebagai berikut:

1. Mudharabah merupakan akad amanah, pada prinsipnya tidak membutuhkan jaminan antara shahibul maal dengan mudharib. Empat imam mazhab tegas melarang adanya akad jaminan dalam mudharabah, karena dikhawatirkan jaminan tersebut digunakan sebagai jaminan pengembalian modal oleh shahibul maal saat usaha mengalami kerugian. Namun terdapat pengecualian terhadap larangan tersebut, yaitu jaminan dalam akad mudharabah diperbolehkan sepanjang tidak digunakan untuk menjamin pengembalian modal shahibul maal, melainkan hanya sebagai jaminan bahwa mudharib akan selalu amanah dalam mengelola modal dari shahibul maal. Sehingga konsep jaminan dalam akad mudharabah adalah tidak digunakan sebagai penjamin pengembalian modal melainkan sebagai penjamin mudharib tidak lalai dalam melaksanakan apa yang diperjanjikan dalam akad.
2. Hak Tanggungan sah digunakan sebagai lembaga jaminan dalam akad mudharabah, namun harus berhati-hati dalam tahapan pelaksanaan ketika ketika terjadi wanprestasi, khususnya penerapan asas parate eksekusi. Adanya asas parate eksekusi pada hak tanggungan memungkinkan shahibul maal secara serta merta melakukan pelelangan terhadap obyek Hak Tanggungan tanpa terlebih dahulu melakukan penilaian terhadap kelalaian mudharib, hal ini tidak diperbolehkan, karena shahibul mal wajib melakukan

penilaian terhadap adanya unsur kelalaian yang dilakukan oleh mudharib sebelum melakukan eksekusi terhadap jaminan. Jika shahibul maal secara serta merta melakukan pelelangan saat terjadi wanprestasi tanpa menghiraukan adanya kelalaian mudharib atau tidak, maka sama saja menggunakan jaminan sebagai pengembalian modal dan hal tersebut dilarang dalam kaidah mudharabah yang bisa berakibat Hak Tanggungan menjadi tidak sah karena akad pokoknya tidak sah.

B. SARAN

Berdasarkan hasil pembahasan sebelumnya, maka penulis memberikan saran sebagai rekomendasi ataupun masukan, sebagai berikut :

1. Diperlukan undang-undang perbankan syari'ah yang murni menggunakan kaidah syari'ah, sehingga prinsip syari'ah tidak hanya sebatas yuridis normatife namun secara materiil juga berprinsip syari'ah. Sehingga masyarakat lebih yakin bahwa perbankan syari'ah berada dibawah payung hukum yang tepat.
2. Perlu adanya peran semua pihak untuk dapat menjaga kemurnia prinsip syari'ah baik pada tatanan akad maupun pelaksanaan akad. Pemahaman fiqh muamalah harus dikuasai oleh semua pihak, kreditur atau shahibul maal sebagai pihak yang mempunyai produk syari'ah harus bisa menjelaskan produknya dengan baik termasuk segala akibat hukumnya, debitur atau mudharib sebagai pengguna juga harus amanah dan memahami apa yang boleh dan tidak boleh dalam akad yang dipilih, sedangkan notaris sebagai pihak pencatat akad juga harus memahami kaidah-kaidah syari'ah supaya dapat menghasilkan produk akta yang syari'ah secara formil maupun materiil.

DAFTAR PUSTAKA

- A. A. Karim, *Bank Islam Analisis Fiqh dan Keuangan*, Grafindo Persada, Edisi III, Jakarta, 2007.
- Abdul Rahman Ghazaly, *Fiqh Muamalat*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perdata Indonesia*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2000.
- Abdulkadir Muhammad, *Hukum Perikatan*, PT. Citra Aditya Bakti, Bandung, 1990.
- Ahmad Azhar Basyir, *Asas-asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, UII Press Yogyakarta, edisi revisi, Agustus 2000
- Ahmad Sumiyanto, *Problem dan Solusi Transaksi Muharabah*. Magistra Insania Press, Yogyakarta.
- Ammi Nur Baits, *Pengantar Permodalan Dalam Islam*, Muamalah Publishing, Jogjakarta, 2018
- Ascara, *Akad dan Produk Bank Syariah*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007.
- Bambang Sunggono, *Metodologi Penelitian Hukum*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2003.
- Boedi Harsono, *Hukum Agraria Indonesia, Sejarah Pembentukan Undang – Undang Pokok Agraria Nomor 5 Tahun 1960 Tentang Pokok – Pokok Agraria, isi dan Pelaksanaannya, Jilid 2*, Djembatan, Jakarta 2008.
- Devita Purnamasari, Irma, *Hukum Jaminan Perbankan*, Mizan Pustaka, Bandung, 2011.
- Erwandi Tarmidzi, *Harta Haram Muamalat Kontemporer*, PT. Berkas Mulia Insasi, Bogor, 2019.
- Ferry N Idroes, Sugiarto, *Manajemen Resiko perbankan: Dalam Konteks Kesepakatan Basel dan Peraturan Bank Indonesia*, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2006.
- Frista Artmanda Widodo, *Kamus Istilah Ekonomi*, Lintas Media, Jombang.

- Gemala Dewi Wirdyaningsih dan Yeni Salma Barlinti, *Hukum Perikatan Islam di Indonesia*, 2007. Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta.
- Ghufron A. Mas'adi, *Fiqh Muamalah Kontekstual*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, Cetakan ke 1 2002
- H. Ahmad Azhar Basyir, MA, *Asas-asas Hukum Muamalat (Hukum Perdata Islam)*, UII Press Yogyakarta, edisi revisi, Agustus 2000.
- Handri Raharjo, *Hukum Perjanjian di Indonesia*, Pustaka Yustitia, Yogyakarta, 2009.
- Hendi Suhendi, *Fiqh Muamalah*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2007.
- Hendra Nurtjahjo, *Eksistensi Bank Sentral dalam Konstitusi Berbagai Negara (Pembahasan Kemandirian dalam Perspektif Hukum Tata Negara)*, Fakultas Hukum Universitas Indoneisa, Jakarta, 2002.
- Hermansyah, *Hukum Perbankan Nasional Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2009.
- Irma Devita Purnamasari, *Hukum Jaminan Perbankan*, Mizan Pustaka, Bandung, 2011.
- Iskandar Usman, *Ishtihsan dan Pembaharuan Hukum Islam*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994.
- Ismail Nawawi, *Fikih Muamalah Klasik dan Kontemporer: Hukum Perjanjian, Ekonomi, Bisnis dan Sosial*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2012.
- Ismail, *Perbankan Syari'ah*, Kencana, Jakarta, 2003.
- Lukman Santoso Az, *Hukum Perikatan: Teori Hukum dan Tekhnis Pembuatan Kontrak, Kerja sama dan Bisnis*. Setara Pers, Malang, 2016.
- M Yahya Harahap, *Segi-segi Hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986.
- M. Abdul Mudjieb, *Kamus Istilah Fiqh*, Pustaka Firdaus, Jakarta, 1994.
- M. S. Antonio, *Bank syariah Dari Teori ke Praktek*. Gema Insani Press, Jakarta, 2001.
- Mahmud Yunus, *Kamus Arab-Indonesia*, PT Hidakarya Agung, Jakarta, 1989.
- Mardani, *Fiqh Ekonomi Syariah*, Kencana, Jakarta, 2012.

- Mardani, *Hukum Perikatan di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013.
- Maria, S.W. Sumardjono, *Metodologi Penelitian Ilmu Hukum*, Diklat Kuliah Program Pascasarjana Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta, 2005.
- Mervyn K. Lewis dan Latifa M. Algaoud, *Perbankan Syariah Prinsip, Praktik dan Prospek*, PT. Serambi Ilmu Semesta, Jakarta, 2007.
- MS, Antonio, *Bank syariah Dari Teori ke Praktek*. Gema Insani Press, Jakarta, 2001.
- Muhammad Azzam Abdul Aziz, *Fiqh Muamalat*, Amzah, Jakarta, 2010.
- Muhammad, *Manajemen Bank Syariah*, UPP AMP YKN, Yogyakarta.
- Muhammad, *Manajemen Pembiayaan Bank Syariah*, UPP AMP YMKN, Yogyakarta, 2005.
- Muhammad, *Manajemen pembiayaan Mdharabah*, PT.Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2008.
- Muhammad, *Sistem dan Prosedur Operasional Bank Syari'ah*, UII Pers, Yogyakarta, 2000.
- Nindyo Pramono, *Bungan Rampai Hukum Bisnis Aktual*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 2006.
- Nindyo Pramono, *Hukum Komersil*, Pusat Penerbitan UT, Jakarta, 2003.
- Permadi Gandapraja, *Dasar dan Prinsip Pengawasan Bank*, Gramedia Pustaka Utama, Jakarta, 2004.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Edisi Pertama, Cetakan Keenam, Kencana, Jakarta, 2010.
- Purwahid Patrik dan Kashadi, *Hukum Jaminan Edisi Revisi Dengan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 1996 Tentang Hak Tanggungan*, Fakultas Hukum Universitas Diponegoro, Semarang, 2006.
- Purwahid Patrik, *Dasar-Dasar Hukum Perikatan*, Mandar Maju, Bandung, 1994.
- R. Soebekti, *Hukum Perjanjian*, Intermedia, Jakarta, 1979.

- Rahmat Firdaus, Maya Ariyanti, *Manajemen Perkreditan Bank Umum: teori, masalah, kebijakan dan Aplikasinya Lengkap dengan Analisis Kredit*, ALFABETA, Bandung, 2008.
- Salim HS, *Pengantar Hukum Perdata Tertulis (BW)*, Jakarta: 2008.
- Sayyid Sabiq, *Fiqh al sunnah juz II*. Beirut, dar al kitab al arabiyah.
- Setiawan, *Pokok-pokok hukum perikatan*, Alumni, Bandung, 1979.
- Sholikul Hadi, *Fiqh Muamalah*, Nora Interprise, Kudus, 2011.
- Sopnar Maru Hutagalung, *Hukum Kontrak di ASEAN Pengaruh Sistem Hukum Common Law dan Civil Law*, Sinar Grafika, Jakarta: 2013.
- Sudikno Mertokusumo, *Rangkuman Kuliah Hukum Perdata*, Fakultas Pascasarjana, Universitas Gadjadara, Yogyakarta. 1987.
- Sutan Remi Sjahdeini, 1999, *Perbankan Islam dan Kedudukannya Dalam Tata Hukum Perbankan Indonesia*, Pustaka Utama Grafiti Jakarta, halaman 168.
- Syahmin, *Hukum Kontrak Internasional*, Raja Grafindo Persara, Jakarta, 2006.
- Ustad Aidil, *Mengenal Notaris Syariah*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2011,
- Veithzal rivai, Andria Permata Veithzal, *Credit Management Handbook*, PT. RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2006.
- Veithzal Rivai, Arifiandy Permata Veithzal, Marissa Greace Haque Fawzi, *Islamic Transaction In Business Dari Teori Ke Praktik*, Bumi Aksara, Jakarta, 2011.
- Warkum Sumitro, *Asas-asas Perbankan Islam dan Lembaga-lembaga Terkait*, PT. Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1996, hlm. 114
- Wawan Muhwan Hariri, *Hukum Perikatan Dilengkapi Hukum Perikatan Dalam Islam*, Bandung: Pustaka Setia, 2011.
- Widjanarto, *Hukum dan Ketentuan Perbankan di Indonesia*, Jakarta, Pustaka Utama Grafiti, 2003.

Wirjono Rodjodikoro, *Asas-asas hukum perjanjian*, Mazdar Madju Bandung, 2000.

Yahya Harahap, *Segi-segi hukum Perjanjian*, Alumni, Bandung, 1986.

Yusuf As Sabatin, *Bisnin Islam dan Kritik atas Praktik Bisnis ala Kapitalis*, Bogor, Al Azhar Press, 2014.

Jurnal

Agus Santoso and Anton Purba, “Kedudukan Bank Indonesia dalam UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (Amandemen Keempat) dan Usulan Komisi Konstitusi dalam Konsep Amandemen Kelima UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945”, *Buletin Hukum Perbankan dan Perbansentralan*, Volume 4 Nomor 2 (Agustus, 2006), ISSN 1693-3265.

Erni Susana dan Annisa Prasetyanti, *Pelaksanaan dan Sistem Bagi Hasil Pembiayaan al mudharabah pada Bank Syariah*, *Jurnal Keuangan dan Perbankan*, PERBANKAN, volume 15 Nomor 3, September 2011.

Khudari Ibrahim, *Kajian Hukum dan Keadilan*. *Jurnal IUS*, Universitas Mataram.

Made Warka dan Erie hariyanto, *Kedudukan Bank Syariah Dalam Sistem Perbankan di Indonesia*, *Iqtishadia* (jurnal ekonomi dan perbankan syariah), volume 3 nomor 2 desember 2016

Mahmudatus Sa'diyah dan Meuthiya Athifa Arifin, *Mudharabah Dalam Fiqh dan Perbankan Syari'ah*, *Jurnal Equilibrium*, Volume 1, No. 2, Desember 2013.

Novi Ratna Sari, *Komparasi Syarat Sah nya perjanjian Menurut Kitab undang-undang Hukum Perdata dan Hukum Islam*, *Jurnal Repertorium* Volume IV No. 2 Juli-Desember 2017, Universitas Sebelas Maret Surakarta.

Novi Ratna Sari, Komparasi Syarat Sahnya Perjanjian menurut Kitab Undang Undang Hukum Perdata dan Hukum Islam, *Jurnal Reportorium*, Vol IV No. 2 Juli – Desember 2017

Pandam Nurwulan, Akad perbankan syari'ah dan Penerapannya dalam Akta Notaris Menurut Undang-undang Jabatan Notaris. *Jurnal Hukum Ius Quia Iustum* No. 3 Vol. 25, September 2018.

Siti Hamidah dan Prayudo Eri Yandono, *Jurnal Jurisdiction: Jurnal Hukum dan Syariah* Vol. 7 No. 2 tahun 2016

Sofhia, Pemahaman Fiqh terhadap Mudharabah, *Jurnal Al Adl IAIN Gorontalo*, Vol. 9 No. 2 Juli 2016

Taufiqul Hulam, Jaminan dalam Transaksi Akad Mudharabah pada Perbankan syari'ah. *Jurnal Mimbar Hukum*, Volume 22, Nomor 3, Oktober 2010, Halaman 530.

Wardah Yuspin. *Penerapan Prinsip Syariah Dalam Pelaksanaan Akad Murabahah. Jurnal Ilmu Hukum*, 2007.

Karya Ilmiah

Agus Pandoman, *Bahan Kuliah Hak Tanggungan*.

Ah. Azharuddin Lathil, Dosen Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, Jakarta, *Penerapan Hukum Jaminan Dalam Pembiayaan di Perbankan syariah*.

Arinta Dewi Putri, *Urgensi Pelembagaan Jaminan Kebendaan Pada Akad Mudharabah Ditinjau Hukum Jaminan dan Ekonomi Syariah*, Jurusan Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Muhamadiyah Surakarta, 2018, Skripsi.

Febry Addian Muhamad, *Kedudukan Jaminan Kebendaan Dalam Bentuk Hak Tanggungan Pada Pembiayaan Mudharabah di Lembaga Perbankan Syariah*, Jurusan Ilmu Hukum, Fakultas Hukum Universitas Jember, 2017, Skripsi.

Ines Age Santika, dkk., *Penelitian Penyelesaian Sengketa dan Akibat Hukum Wanprestasi Pada Kasus Antara PT Metro Batavia Dengan PT Garuda Maintenance Facility (GMF) Aero Asia*, Surakarta: Universitas Sebelas Maret, 2015.

Johar Ali Fitri, *Kekuatan Hukum Fatwa Majelis Ulama Indonesia dari Perspektif Peraturan perundang-undangan di Indonesia*.

Muhammad Ananda Salahudin Al Ayyubi Basmalah, *Analisa Yuridis Kedudukan Jaminan Hak Tanggungan Dalam Perspektif Bisnis Syariah*, Program Magister Hukum Islam Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2014.

Muhammad Ananda Salahuddin Al Ayyubi Basmalah, *Analisis Yuridis Kedudukan Jaminan Hak Tanggungan dalam Perspektif Bisnis Syariah*, Tesis, UIN Sunan Kalijaga, 2014.

Muhammad Ananda Salahudin Al Ayyubi Basmalah, *Analisa Yuridis Kedudukan Jaminan Hak Tanggungan Dalam Perspektif Bisnis Syariah*, Program Magister Hukum Islam Universitas Islam Negeri Sunan Kalijaga Yogyakarta, 2014, tesis.

Penelitian Ah. Azharuddin Lathil, Dosen Fakultas Syariah dan Hukum Universitas Islam Negeri Syarif Hidayatullah, Jakarta dengan judul *Penerapan Hukum Jaminan Dalam Pembiayaan di Perbankan syariah*.

Rohmatan, *Analisis Implementasi Prinsip 5C dalam Upaya Pencegahan Pembiayaan Mudharabah Bermasalah di KSPPS BMT UMMAT SEJAHTERA (BUS) Cabang Cepu*, 2015,

Samsudin, dkk, *Paper Manajemen Risiko*, Universitas Indonesia, 2003

Peraturan perundang-undangan

Kitab Undang Undang Hukum Perdata

Undang-undang Nomor 4 tahun 1996 tentang Hak Tanggungan

Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan

Undang-undang nomor 10 tahun 1998 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 7 tahun 1992 tentang Perbankan.

Undang-undang nomor 21 tahun 2008 tentang Perbankan Syariah

